

Die Zulässigkeitsvoraussetzungen staatlicher Monopole im Grundgesetz

Dissertation, vorgelegt der
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Johannes Gutenberg-Universität Mainz

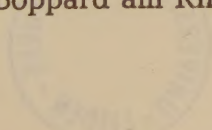
1965

von
Jürgen Biermann
aus Boppard am Rhein

Die Zulässigkeitsvoraussetzungen staatlicher Monopole im Grundgesetz

Dissertation, vorgelegt der
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Johannes Gutenberg-Universität Mainz

von
Jürgen Biermann
aus Boppard am Rhein



Die Zulässigkeitsvoraussetzungen
staatlicher Monopole
im Grundgesetz

Präsentation, vorgelegt der
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Johannes Gutenberg-Universität Mainz

Hauptreferent : Prof.Dr.jur. Peter Schneider
Korreferent : Prof.Dr.jur. Hubert Armbruster

Tag der mündlichen Prüfung : 25.2.1965



III

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XI
Literaturverzeichnis	XVI
Einleitung	I

Erster Teil

Die staatlichen Monopole

A. Allgemeine Kennzeichnung der Monopole

I. Die ursprüngliche Wortbedeutung	5
II. Das Monopol in der Nationalökonomie	5
III. Das Monopol im Recht	8
1.a. Gesetz	8
b. Rechtsprechung	9
c. Schrifttum	9
2. Die rechtlichen Monopole	9
a. Rechtsgrundlage	10
b. Öffentlich-rechtliche und privat-rechtliche Monopole	12
c. Die ausschließliche Befugnis	12
d. Wirtschaftsmonopole	15
e. Träger rechtlicher Monopole. Auseinanderfallen von Trägerschaft und Ausübungsbefugnis	16
3. Die faktischen Monopole	17
a. Ausschließliche Möglichkeit zur Marktbeherr- schung	17
b. Literarische Behandlung der faktischen Mono- pole	17
c. Gegenstand und Träger faktischer Monopole	19
d. Gemeindemonopole	19
4. Keine Übernahme des Monopolbegriffs aus der Nationalökonomie	19
5. Kein allgemeiner Rechtsbegriff des Monopols ..	20

B. Die staatlichen Monopole im besonderen

I. Begriffliche Erfassung der staatlichen Monopole ...	21
1. Bundes- und Landesmonopole, rechtliche (öffentlich-rechtliche, privat-rechtliche) und faktische Monopole	21
2. Enger und weiter Begriff "Staatsmonopol"	21
3. Genaue Abgrenzung staatlicher Monopole. Gemeinde-monopole. Privatmonopole. Delegation staatlicher Monopolbefugnisse. Partielles Monopol	22
4. Monopolbegriff und Staatsbegriff	25
5. Staatsmonopole und staatliche Kontrollrechte ...	27
II. Unterscheidung der staatlichen Monopole nach ihrem Zweck	28
1. Finanzmonopole	28
2. Verwaltungsmonopole	29
III. Staatsmonopole und Staatsregale	31
1. Der Regalbegriff in der Literatur seit O. Mayer .	31
a. Gegenbegriff zu Finanz- und Wirtschaftsmonopolen	31
b. Oberbegriff. Gleichsetzung mit der Bezeichnung Monopol	32
c. Unterbegriff zu den Verwaltungsmonopolen	32
2. Geschichte des Regalbegriffs. Keine Verwendung im modernen Sprachgebrauch	32
IV. Systematische Zusammenstellung der staatlichen Monopole und kurzer Überblick über die Gemeindemonopole	34
1. Verwaltungsmonopole des Bundes	35
a. Arbeitsvermittlungs-, Berufsberatungs- und Lehrstellenvermittlungsmonopol	35
b. Bundesautobahn-Nebenbetriebebaumonopol	36
c. Eisenbahnbau- und -betriebsmonopol	36
d. Fernmeldeanlagenmonopol	36
e. Geldausgabemonopol	37
f. Kernbrennstoff-Verwaltungsmonopol	37
g. Postbeförderungsmonopol	37

h. Schleppmonopol	37
i. Spielbankmonopol	38
2. Finanzmonopole des Bundes	39
a. Branntweinmonopol	39
b. Zündwarenmonopol	40
3. Verwaltungsmonopole der Länder	40
a. Bergbaumonopole	40
aa. Bergbaumonopole auf Grund des § 2 ABG ...	40
bb. Erdölmonopol	41
cc. Phosphormonopol	41
b. Brandversicherungsmonopole	41
c. Rundfunkmonopol	42
4. Finanzmonopole der Länder	42
5. Streitfragen	43
a. Bernsteinmonopol	43
b. Landwirtschaftliche Einfuhrmonopole	43
c. Lotteriemonopol	44
d. Schulmonopol	44
e. Luftverkehrsmonopol	44
6. Kommunalmonopole	44
a. Monopole im Bereich der Selbstverwaltung	44
b. Feuerbestattungsmonopol	45
c. Tierkörperbeseitigungsmonopol	45

Zweiter Teil

Die Zulässigkeitsvoraussetzungen staatlicher Monopole im Grundgesetz

I. Abschnitt

Die Zulässigkeitsvoraussetzungen im Bereich der Grundrechtsordnung

<u>I. Unterabschnitt:</u> Vorüberlegungen zur Legitimationsgrund- lage, zur Art und Weise der Verfassungsinterpretation und zur Wirtschaftsverfassung.....	46
I. Die Legitimationsgrundlage	46

1. Methodische Vorbemerkungen	46
2. Monopole und Freiheitsrechte	47
3. Bindung der Grundrechte	47
a. Bundesgesetzgebung	47
b. Landesgesetzgebung	49
c. Vor- und nachkonstitutionelle Monopolnormen ..	49
II. Methode der Grundrechtsinterpretation	49
1. Rechtfertigung der Ausführungen	49
2. Methode der Interpretation	50
3. Insbesondere: extensive und restriktive Inter- pretation	51
a. Freiheitssätze	51
b. Vorbehaltssätze	52
c. In dubio pro libertate	53
III. Wirtschaftsverfassung und staatliche Monopole	56
1. Methodische Vorbemerkung	56
2. Begriff "Wirtschaftsverfassung"	57
a. Der Begriff in der Nationalökonomie	57
b. Der Begriff in der Rechtswissenschaft	57
aa. Extensive Ausdeutung	57
bb. Restriktive Ausdeutung	58
3. Grundgesetz und Wirtschaftsverfassung	59
a. Soziale Marktwirtschaftslehre.Kritik	59
b. Lehre von der gemischten Wirtschaftsver- fassung.Kritik	62
c. Neutralitätslehre Krügers.Kritik	64
d. Neutralitätslehre des BVerfG.Folgerungen für die Zulässigkeit staatlicher Monopole	65
<u>II.Unterabschnitt: Die Zulässigkeitsvoraussetzungen</u> staatlicher Verwaltungsmonopole im Bereich der Grund- rechtsordnung	67
Methodische Vorbemerkung	67
A. Staatliche Verwaltungsmonopole und Art.12 I GG	
I.Berufsfreiheit und Apothekenurteil (BVerfG 7,S.377)	70

II. Der Freiheitssatz in Art.12 I 1	72
1. Träger des Grundrechts	72
2. Beruf i.S. des Art.12 I 1	72
3. Berufswahl	77
III. Art.12 I 1 und die staatlichen Verwaltungsmonopole in der Sicht von Rechtsprechung und Schrifttum.	
Kritik	77
1. Legitimation staatlicher Verwaltungsmonopole in den Art.105 ff.	78
2. Berufsbildlehre	79
3. Auffassung des BVerwG (BVerwG 2,S.85)	81
4. Legitimation staatlicher Verwaltungsmonopole in den Art. 33 II,IV ,87 I u.a.	82
5. Legitimation in der Sozialstaatsklausel (Art.20 I ,28 I 1).....	84
6. Rechtfertigung staatlicher Verwaltungsmonopole über das "vorrechtliche Gesamtbild"	85
7. Kritik an der modernen Grundrechtsauslegung	89
a. Kritik an den Auffassungen unter III,1 bis 6.	89
b. Kritische Überprüfung des Apothekenurteils in bezug auf die Tragweite des Art.12 I 1	90
c. Kritik an den Immanenzlehren	93
IV. Der Vorbehaltssatz in Art.12 I 2.Seine Ausdeutung im Apothekenurteil	94
1. Apothekenurteil	95
2. Apothekenurteil und Art.19 II	97
a. Auslegung des Art.19 II	97
b. Apothekenurteil und Art.19 II	99
aa. Verhältnis der Schranken in Art.12 I 2 zu denjenigen in Art.2 I	99
bb. Begriff "regeln" in Art.12 I 2	101
cc. Erforderlichkeits- und Verhältnismäßig- keitsprinzip	102
V. Ausbau der Stufentheorie im Hinblick auf die staat- lichen Verwaltungsmonopole	105
1. Geltungsbereich staatlicher Monopolnormen.Rück- wirkungen auf die freie Berufswahl	105

VIII

a. Räumlicher Geltungsbereich	105
b. Zeitlicher Geltungsbereich	106
c. Sachlicher Geltungsbereich	106
d. Persönlicher Geltungsbereich	107
2. Monopolnormen und sonstige Berufssperrnormen	108
3. Zulässigkeitsvoraussetzungen staatlicher Verwaltungsmonopole in Art. 12 I 2	108
a. Wahrung verfassungserheblicher Gemeinschaftsgüter	109
b. Entkräftung der Ausgangsvermutung zugunsten des Menschen	110
c. Bestimmung des Ausmaßes staatlicher Eingriffe in die Berufsfreiheit. Verhältnismäßigkeits- und Erforderlichkeitsprinzip	111
d. Gleiche Behandlung der Voll- und Teilmonopole.	117
e. Dauernde Geltung der strikten Zulässigkeitsvoraussetzungen staatlicher Monopole	117
4. Art. 12 I 2 und die staatlichen Verwaltungsmonopole in der Sicht von Rechtsprechung und Schrifttum. Kritik	119
5. Staatliche Monopole und das Subsidiaritätsprinzip	121
VI. Formelle Zulässigkeitsvoraussetzungen staatlicher Verwaltungsmonopole im Bereich der Grundrechtsordnung	123
1. Gesetz i. S. des Art. 12 I 2	123
2. a. Allgemeine Geltung des Gesetzes (Art. 19 I 1) .	124
b. Artikelangabe (Art. 19 I 2)	125
3. Keine Geltung der formellen Erfordernisse im Bereich vorkonstitutioneller Monopolgesetze	126
VII. Überprüfung einiger Staatsmonopole an Hand des Art. 12 I	126
1. Postbeförderungsmonopol	127
2. Arbeitsvermittlungsmonopol	130
3. Brandversicherungsmonopole	133

IX

B. Staatliche Verwaltungsmonopole und Art.14 GG

I. Staatliche Verwaltungsmonopole und das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (Art.14 I1)	136
II. Enteignung (Art.14 III), Eigentumsbindung (Art.14 I2) und die staatlichen Verwaltungsmonopole	139
III. Enteignungsvoraussetzungen	147
1. Allgemeinwohl	148
2. Ultimatum remedium	148
3. Gesetz (Legalenteignung), Art.19 I 1	148
4. Junktim-Klausel	150
5. Entschädigung	150
IV. Die Bergbaumonopole und Art.14 I 2,14 III	150

C. Staatliche Verwaltungsmonopole und Art.15 GG

1. Stand der Meinungen in der Wissenschaft	152
2. Eigene Auffassung	153

D. Staatliche Verwaltungsmonopole und Art.2 I GG

1. Wettbewerbsfreiheit	155
2. Vertragsfreiheit	157

E. Staatliche Verwaltungsmonopole und Art.3 I GG

158

<u>III. Unterabschnitt:</u> Die Zulässigkeitsvoraussetzungen staatlicher Finanzmonopole im Bereich der Grundrechtsordnung.....	158
--	-----

A. Staatliche Finanzmonopole und Art.12 I GG

I. 1. Der Freiheitssatz in Art.12 I 1	158
2. Der Vorbehaltssatz in Art.12 I 2	159
3. Auffassung der h.L. in Rechtsprechung und Literatur zur Legitimation staatlicher Finanzmonopole .	162
4. Ablehnung der h.L. zur Legitimation staatlicher Finanzmonopole	164

5. Problematik verfassungswidriger Verfassungsnormen (Art.105 ff. im Verhältnis zu Art.12 I)	166
II. Einzelmonopole	167
1. Branntweinmonopol	167
2. Zündwarenmonopol	170
B. Staatliche Finanzmonopole und Art.14,15,2 I	174
II. Abschnitt Die Zulässigkeitsvoraussetzungen im Bereich der Zuständigkeitsordnung	174

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
ABG	Allgemeines Berggesetz für die Preußischen Staaten vom 24.6.1865 (GS S.705)
Abs.	Absatz
AEG	Allgemeines Eisenbahngesetz vom 29.3.1951 (BGBI.I, S.225)
AG	Aktiengesellschaft, Amtsgericht
Anm.	Anmerkung
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts, Tübingen (1. 1886 ff.)
Apoth.-Urt. ...	Urteil des Ersten Senats des BVerfG vom 11. Juni 1958, in : BVerfG 7, S.377 ff.
arg.	argumentum
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AVAVG	Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung i.d.F. vom 3.4.1957 (BGBI.I, S.321)
BA	Bundesanstalt
BAnz.	Bundesanzeiger
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter, Zeitschrift für öffentliches Recht und öffentliche Verwaltung, München (N.F. 1. 1955 ff.)
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BB	Der Betriebsberater, Heidelberg (1. 1946 ff.)
BBG	Gesetz über die Deutsche Bundesbank v.26.7.1957 (BGBI.I, S.745)
Bd.	Band
begr.	begründet
Bek.	Bekanntmachung
Betrieb	Der Betrieb, Wochenschrift für Betriebswirtschaft, Steuerrecht, Wirtschaftsrecht, Arbeitsrecht ; Düsseldorf (1. 1948 ff.)
BFH	Bundesfinanzhof; auch Entscheidungen des BFH (55.1952ff.)

BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18.8.1896 (RGBl.S.195)
BGBI.	Bundesgesetzblatt des Norddeutschen Bundes (1. 1867 - 4. 1870; fortgeführt als Reichgesetzblatt)
BGBI.I,II	Bundesgesetzblatt Teil I, Teil II (1951 ff.)
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivil- sachen (1. 1951 ff.)
BK	Bonner Kommentar (siehe Literaturverzeichnis)
BMG	Gesetz über das Branntweinmonopol v.8.4.1922 (RGBl.I, S.335/405)
BStBl.	Bundessteuerblatt, Teil I, II, III (1. 1951 ff.)
BVA	Brandversicherungsanstalt
BVerfG	Bundesverfassungsgericht; auch Entscheidungen des BVerfG (1. 1952 ff.)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht; auch Entscheidungen des BVerwG (1. 1954 ff.)
DBS	Draeger-Buchwitz-Schönefelder, Kommentar zum Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (siehe Literaturverzeichnis)
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung, Zeitschrift für Verwal- tungsrecht und Verwaltungspolitik, Stuttgart und Köln (1. 1948 ff.)
DV	Deutsche Verwaltung, Hamburg (1. 1948 - 3. 1950; später: DVBl.)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt, Köln und Berlin (65. 1950 ff.)
DZMG	Deutsche Zündwaren-Monopol-Gesellschaft
EG	Einführungsgesetz
Einf.	Einführung
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
F.	Fußnote
FAG	Gesetz über Fernmeldeanlagen v.14.1.1928 (RGBl.I, S.8)
FAZ	Frankfurter Allgemeine, Zeitung für Deutschland
FSG	Preussisches Gesetz betr. die öffentlichen Feuerver- sicherungsanstalten v.5.9.1910 (GS S.241)

gem.	gemäß
Ges., ges.	Gesetz, gesetzlicher, e, es
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23.5.1949 (BGBl. S. 1)
GS	Gesetzsammlung
GVB1.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 27.7.1957 (BGBl. I, S. 1081)
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
hrsg.	herausgegeben
i.d.F.	in der Fassung
i.e.S.	im engeren Sinne
i.S.	im Sinne
in Verb.	in Verbindung
i.w.S.	im weiteren Sinne
JÖR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Tübingen (N.F. 1951 ff.)
JZ	Juristenzeitung, Tübingen (6. 1951 ff.)
LVG	Landesverwaltungsgericht
MD	Maunz-Mirig, Kommentar zum Grundgesetz (siehe Lite- raturverzeichnis)
VMK	von Mangoldt-Klein, Kommentar zum Grundgesetz (siehe Literaturverzeichnis)
Mscr.	Maschinenschrift
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
nds.	niedersächsischer, e, es
NF	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, München und Berlin (1. 1947/48 ff.)

OVG	Oberverwaltungsgericht; auch Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster sowie für die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein in Lüneburg (1. 1950 ff.)
Parl.R.	Parlamentarischer Rat
PatG	Patentgesetz i.d.F. v.9.5.1961 (BGBl.I, S.550)
PostG	Gesetz über das Postwesen des Deutschen Reichs v.28.10.1871 (RGBl.S.347)
RAO	Reichsabgabenordnung v.13.12.1919 (RGBl.S.1993), i.d.F. v.22.5.1931 (RGBl.I, S.161)
RdNr	Randnummer
RG	Reichsgericht
RGBl.I,II	Reichsgesetzblatt (1871 - 1945); ab 1922: Teil I und II
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (1. 1880 - 172. 1945)
RiA	Das Recht im Amt, Zeitschrift für Behörden, Verwaltungen und öffentliche Betriebe (1. 1954 ff.)
Rspr.	Rechtsprechung
Sgb.	Die Sozialgerichtsbarkeit, Wiesbaden (1. 1954 ff.)
Sp.	Spalte
Urt.	Urteil
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb v. 7.6.1909 (RGBl.S.499)
VerwRspr.	Verwaltungs-Rechtsprechung in Deutschland, Sammlung oberstrichtlicher Entscheidungen aus dem Verfassungs- und Verwaltungsrecht, München und Berlin (1. 1949 ff.)
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VO	Verordnung
VOBl.	Verordnungsblatt
Vorbem.	Vorbemerkungen
VOS	Verordnungssammlung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Berlin (1. 1924 ff.)

WRV	Die Verfassung des Deutschen Reichs v. 11.8.1919 (RGL.S.1383),= Weimarer Verfassung
Wirtt.-Bad.VGH.	Württembergisch-Badischer Verwaltungsgerichtshof
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb, Düsseldorf (1.2. 1951/52 ff.)
ZfZ	Zeitschrift für Zölle und Verbrauchssteuern
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZMG	Zündwarenmonopolgesetz v.29.1.1930 (RGL.I,S.11)
Anmerkung	: Alle in dieser Arbeit ohne nähere Angabe angeführten Gesetzesbestimmungen sind Vorschriften des Grund- gesetzes.

Literaturverzeichnis

- Bachof, Otto : Freiheit des Berufs, in: Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, hrsg. von Bettermann-Nipperdey-Scheuner, 3. Bd., 1. Halbband, Berlin 1958, S. 155 ff. (zit.: Freiheit).
- Zum Apothekenurteil des Bundesverfassungsgerichts, JZ 1958, S. 468 ff.
- Badura, Peter : Das Verwaltungsmonopol, Berlin 1963.
- Ballerstedt, Kurt : Wirtschaftsverfassungsrecht, in: Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, hrsg. von Bettermann-Nipperdey-Scheuner, 3. Bd., 1. Halbband, Berlin 1958, S. 1 ff.
- Barschkies, Siegfried : Das Verhältnis der Staatsmonopole zu den Freiheitsrechten des Bonner Grundgesetzes, Diss. (Mscr.) Hamburg 1955.
- Bartholomeyczik, Horst : Kommentierung zu § 22 GWB in: Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen von Müller-Henneberg-Schwartz, Köln und Berlin 1958.
- Bonner Kommentar : Kommentar zum Bonner Grundgesetz. Redakt.: B. Dennewitz, fortgeführt von K. G. Wernicke, Hamburg 1950 ff. (zit.: BK).
- Claussen, Carsten Peter : Die Besteuerung und Monopolisierung der deutschen Zündholzindustrie, Frankfurt/M. 1956.
- Deichmann : Kapitel "Finanzen" (3. Kapitel), Abschnitt VI (Regalien), in: Hue de Grais-Peters, Handbuch der Verfassung und Verwaltung in Preußen und dem Deutschen Reiche, 25. Aufl., Berlin 1930, S. 203 ff.
- Draeger-Buchwitz-Schönefelder : Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung, erläutert von Kurt Draeger, Heinz Buchwitz und Erwin Schönefelder, Stuttgart 1961 (zit.: DBS).
- Dirig, Günter : Zurück zum klassischen Enteignungsbegriff, JZ 1954, S. 4 ff.
- Ehlermann, Claus-Dieter : Wirtschaftslenkung und Entschädigung, Heidelberg 1957.
- Fleiner, Fritz : Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 5. Aufl., Tübingen 1920 (zit.: Fleiner, 5. Aufl.).

Fleiner, Fritz : Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, Neudruck der 8. neubearbeiteten Aufl. bei J.C.B. Mohr, Tübingen 1928, Scientia Aalen, 1960 (zit.: Fleiner, 8. Aufl.)

Forsthoff, Ernst : Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Bd., Allgemeiner Teil, 7. Aufl., München und Berlin 1958.

Geiger, Willi : Artikel "Berufsfreiheit und Berufsregelung" in: Staatslexikon, hrsg. von der Görres-Gesellschaft, 1. Bd., 6. Aufl., Freiburg 1957, Sp. 1112 ff.

Gimbel, Hermann : Ist § 22 Luftverkehrsgesetz in der Fassung vom 10.1.1959 mit Art. 12 Abs. I GG vereinbar? , NJW 1963, S. 19 ff.

Goldschmidt, Hans : Artikel "Monopol" in: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, hrsg. von Stier-Somlo-Elster, 4. Bd., Berlin und Leipzig 1927, S. 117 ff.

Hamann, Andreas : Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, Heidelberg 1953 (zit.: Rechtsstaat).

- Die Freiheit der Berufswahl, NJW 1958, S. 1801 ff.
- Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, Neuwied-Berlin-Darmstadt 1958 (zit.: WVR)
- Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 2. Aufl., Neuwied-Berlin 1961 (zit.: Kom.)

Hamel, Walter : Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, Berlin 1957.

Hoppe-Heinrich : Kommentar zum Gesetz über das Branntweinmonopol vom 8. April 1922 und zu seinen Ausführungsbestimmungen, von Hans-Joachim Hoppe und Johannes Heinrich, Berlin 1958 (Stand vom April 1962).

Huber, Ernst Rudolf : Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1. Bd., 2. Aufl., Tübingen 1953 (zit.: WVR I).

- Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Bd., 2. Aufl., Tübingen 1954 (zit.: WVR II)
- Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, DÖV 1956, S. 97 ff., 135 ff., 172 ff., 200 ff.

- Ipsen, Hans-Peter : Enteignung und Sozialisierung, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 10, Berlin 1952, S. 74 ff.
- Jehle, Karl : Rechtsnatur und Rechtslage des deutschen Branntweinmonopols, Diss. Freiburg (im Breisgau) 1952.
- Kossmann, Horst : Monopol als Rechtsbegriff, Diss. (Mscr.) Bonn 1951.
- Köttgen, Arnold : Gemeindliche Daseinsvorsorge und gewerbliche Unternehmerinitiative, Göttingen 1961.
- Kraemer, Hans-Joachim : Die präjudizierende Bedeutung des "Apothekenurteils", DVBl. 1958, S. 850 ff.
- Kruchen, Erich : Kommentierung in: W. Haustein, Die Eisenbahnen im deutschen öffentlichen Recht, Frankfurt/M. 1960, S. 41 - 91.
- Krüger, Herbert : Sozialisierung, in: Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, hrsg. von Bettermann - Nipperdey - Scheuner, 3. Bd., 1. Halbband, Berlin 1958, S. 267 ff.
- Lerche, Peter : Übermaß und Verfassungsrecht, Köln-Berlin-München-Bonn 1961 (zit.: Übermaß).
- Zum Apothekenurteil des Bundesverfassungsgerichts, BayVBl. 1958, S. 231 ff.
- Machlup, Fritz : Art. "Monopol" in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, 7. Bd., Stuttgart-Tübingen-Göttingen 1961, S. 427 ff.
- v. Mangoldt-Klein : Das Bonner Grundgesetz. Kommentar, 1. Bd., 2. Aufl. (von F. Klein bearbeitet; 1. Aufl. begründet von H. v. Mangoldt), Berlin und Frankfurt/M. 1957 (zit.: vMK).
- Maunz, Theodor : Deutsches Staatsrecht, 11. Aufl., München und Berlin 1962.
- Maunz-Dürig : Kommentar zum Grundgesetz, 2 Bände, bearbeitet von Th. Maunz und G. Dürig, München und Berlin 1964 (zit.: MD).
- Mayer, Otto : Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Bd., unveränderter Neudruck der 1924 erschienenen dritten Auflage, Berlin 1961.
- Peters, Hans : Die Verfassungsmäßigkeit des Verbots der Beförderung von Massengütern im Fernverkehr auf der Straße, Gutachten zum Entwurf eines Straßenentlastungsgesetzes, Bielefeld 1954.

Reinhardt, Rudolf : Wo liegen für den Gesetzgeber die Grenzen, gemäß Art.14 des Bonner Grundgesetzes über Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen?, in: Reinhardt-Scheuner, Verfassungsschutz des Eigentums, Tübingen 1954, S.1 ff.

Reissmiller, Heinz : Grundgesetz und Wirtschaftsverfassung, Diss. München 1960.

Rings, W. : Verwaltungsmonopole und Art.12 Abs.I Grundgesetz, NJW 1957, S.657 f.

Rump-Wurms : Finanzmonopole und Verbrauchssteuern. Was ist das deutsche Branntweinmonopol? , ZfZ 1951, S.273 f.

Scheuer, Hans : Berufsfreiheit und Grundgesetz, Saarbrücken 1960.

Scheuner, Ulrich : Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 11, Berlin 1954, S.1 ff. (zit.: Intervention)

- Grundlagen und Art der Enteignungsentschädigung, in: Reinhardt-Scheuner, Verfassungsschutz des Eigentums, Tübingen 1954, S.63 ff. (zit.: Enteignungsentschädigung).

- Das Grundrecht der Berufsfreiheit, DVBl. 1958, S.845 ff.

Schick, Walter : Gemeindemonopole und Grundgesetz, DÖV 1962, S.931 ff.

Schneider, Peter : In dubio pro libertate, Karlsruhe 1960 (zit.: in dubio).

- Verfassungswidrigkeit und Rechtsmißbrauch im Aktienrecht, zwei Gutachten zum Fall Feldmühle AG, §§ 9 und 15 des UmwandlungsGes. v.1956, erstattet von E.Fechner und P.Schneider, Tübingen 1960.

Gutachten von Peter Schneider : S.67 ff. (zit.: Verfassungswidrigkeit).

- Nochmals Verfassungswidrigkeit und Rechtsmißbrauch im Aktienrecht. Zwei Stellungnahmen zur öffentlichen Verhandlung im Normenkontrollverfahren, betr. §§ 9 und 15 des UmwandlungsGes. v. 1956 und zum "Fall Feldmühle" , von E.Fechner und P.Schneider, Tübingen 1962. Stellungnahme von Peter Schneider : S.35 ff. (zit.: Nochmals Verfassungswidrigkeit).

- Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 20, Berlin 1963, S.1 ff. (zit.: Prinzipien).

- Schneider, Peter : Die Verfassungsmäßigkeit des Monopols der Nassauischen Brandversicherungsanstalt in Wiesbaden, Rechtsgutachten (unveröffentlicht), Mainz 1963 (zit.: Rechtsgutachten).
- Seidel, Joachim : Ein Verbot faktischer Monopole und das Grundgesetz, Diss. München 1956.
- Stödter, Rolf : Öffentlich-rechtliche Entschädigung, Hamburg 1933 (zit.: Entschädigung).
- Rechtsfragen des Zündwarenmonopols, Hamburg 1953 (zit.: Zündwarenmonopol).
- Thieme, Werner : Berufsfreiheit und Verwaltungsmonopole, JZ 1961, S. 280 ff.
- Tittel : Bedürfnisprüfung und Grundgesetz, Betrieb 1961, S. 227 ff.
- Turegg, Kurt Egon Fhr.von : Gewerberecht, Tübingen 1953.
- Über, Giesbert : Freiheit des Berufs, Hamburg 1952.
- Vogel, Hugo : Besteht ein Rechtsanspruch auf Zulassung zum Beruf des Arbeitsvermittlers ? , Sgb. 1959, S. 121 ff.
- Vogel, Klaus : Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand, Hamburg 1959.
- Wacke, Gerhard : Das Finanzwesen der Bundesrepublik, 13. Beiheft zur Deutschen Rechts-Zeitschrift, Tübingen 1950.
- Warncke, Theodor : Die jüngste Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Bedürfnisprüfung bzw. numerus clausus, NJW 1956, S. 1587.
- Weber, Werner : Eigentum und Enteignung, in: Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, hrsg. von Neumann-Nipperdey-Scheuner, 2. Bd., Berlin 1954, S. 331 ff.
- Weiss, F.X. : Artikel "Monopol" in: Handwörterbuch der Staatswissenschaften, hrsg. von Elster-Weber-Wieser, 6. Bd., 4. Aufl., Jena 1925, S. 618.
- Welsch, Armin : Die subjektiven und objektiven Zulassungsvoraussetzungen im Rahmen des Art. 12 Abs. I Grundgesetz, Diss. Mainz 1963.

Zivier, Ernst : Der Wesensgehalt der Grundrechte, Diss. Mainz 1960

Anmerkung:

Alle Schriften, auf die sich die vorliegende Arbeit nur gelegentlich bezieht, sind jeweils an Ort und Stelle genau angegeben. Aus Gründen des Umfangs werden sie nicht in das Literaturverzeichnis aufgenommen.

Einleitung

In einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung wie derjenigen der Bundesrepublik Deutschland, stellen staatliche Monopole Ausnahmen dar. Sie sind Erscheinungsformen des Interventionismus. Der moderne, aus der volkswirtschaftlichen Theorie stammende, Begriff "Interventionismus" kennzeichnet ein Wirtschaftssystem, in dem der Staat in die freiheitlichen Unternehmerdispositionen und in das freie Privateigentum lenkend eingreift. Die wirtschaftslenkenden Maßnahmen (= Interventionen) zielen darauf hin, Produktion und Distribution in der Volkswirtschaft zu fördern oder umzugestalten, ohne jedoch ein System der Planwirtschaft herbeizuführen.¹ Monopolisiert der Staat eine bestimmte Wirtschaftstätigkeit, behält er sich ihre Besorgung ausschließlich vor, dann greift er in die freie Privatwirtschaft ein. Er interveniert, um sie umzugestalten.²

Die staatlichen Monopole beschränken die Freiheit der Bürger. Sie hindern die berufliche Entfaltung im monopolisierten Bereich, schalten dort die Wettbewerbsfreiheit aus und verkürzen die Vertragsfreiheit. Häufig beeinträchtigen sie auch vermögenswerte Positionen der Bürger. Das Grundgesetz gewährleistet in den Art. 12 I, 14 und 2 I die Freiheit des Berufs, Eigentums, Wettbewerbs und Vertrages.³ Damit stellt sich die hochbedeutsame und zugleich interessante Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen staatliche Monopole verfassungsrechtlich zulässig sind. Rechtsprechung und Schrifttum haben sich bisher kaum mit diesem Problem befaßt. Es liegen zwar einige kurze Untersuchungen

- 1 Volkswirtschaftliche Definitionen bei Hans Huber, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Basel, N.F. Bd. 70 (1951), S. 173.
Rechtswissenschaftliche Definition bei Scheuner, Intervention, S. 67.
- 2 Das wird in der Rechtswissenschaft heute noch nicht deutlich genug erkannt. Vgl. die recht vagen Abgrenzungen zwischen Intervention und Teilnahme des Staates an der Wirtschaft bei Ballerstedt, S. 21.
Richtig Badura, S. 288.
- 3 Alle in dieser Arbeit ohne nähere Angabe angeführten Gesetzesbestimmungen sind Vorschriften des Grundgesetzes.

vor;⁴ meist stößt der Leser jedoch nur auf verstreute Äußerungen. An längeren Abhandlungen fehlt es. Die einzige, von Barschkies verfaßte Monographie aus dem Jahre 1955 ist durch die Rechtsprechung längst überholt.⁵ Die unter dem Titel "Das Verwaltungsmonopol" im Jahre 1963 erschienene Untersuchung von Badura behandelt die staatlichen Monopole vorwiegend aus der Perspektive des Verwaltungsrechts.⁶ Den Staatsmonopolen wurde also bisher unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten wenig Aufmerksamkeit geschenkt.⁷ Angesichts der sehr weitgehenden Eingriffe in Freiheit und Eigentum verwundert das. Der Grund für die Zurückhaltung dürfte darin liegen, daß die meisten zur Zeit bestehenden Monopole des Bundes und der Länder aus der Zeit vor Erlass des Grundgesetzes stammen. Als althergebrachten Einrichtungen haftet ihnen der Hauch der Unvergänglichkeit an. Das Grundgesetz zwingt jedoch zu einer kritischen Überprüfung, ob die bestehenden Monopole mit ihm vereinbar sind (Art. 123 I). Nichts anderes gilt für alle nachkonstitutionellen, schon vorhandenen oder erst in Zukunft zu schaffenden Staatsmonopole. Die vorliegende Arbeit will dazu beitragen, die Lücke im Schrifttum zu schließen.

In dem "ewig hin und her flutenden Prozeß" (R.Thoma) zwischen Freiheit und Bindung gilt es, die vom Grundgesetz gewollte Grenzlinie im Hinblick auf die Zulässigkeit staatlicher Monopole aufzuzeigen.⁸ Es geht um das, was Irving Kaufman "the balancing of the needs of society or government as a whole against the asserted rights of the individual citizen" nennt.⁹ Diese Grenzlinie zu ermitteln ist nicht leicht. Die Schwierigkeiten liegen darin beschlossen, daß das Grundgesetz als politisches Manifest in seinem Grundrechtsteil sehr abstrakt ist. Die Gefahr der Fehlinterpretation ist darum besonders groß. Der Verfasser bemüht sich, das Grundgesetz sinngemäß zu interpretieren, seinen wahren Sinn zu

4 Zusammenstellung der wichtigsten Quellen: Über, S.153 ff.; Warncke, S.1587; Rings, S.657 f.; Bachof, S.200 ff. (Freiheit); Köttgen (bez. der Gemeindemonopole), S.40 ff.; Thieme, S.280 ff.; Schick, S.931 ff.; Maunz in MD, Art.105, RdNr.18 ff.

5 Das wird später noch ausführlich begründet.

6 Verfassungsrechtliche Erwägungen befinden sich am Schluß des Buches auf den Seiten 310 ff.

7 Im Schrifttum ist immer wieder auf die vorhandene Lücke hingewiesen worden, vgl. z.B. Thieme, S.280.

8 Richard Thoma, Festgabe für das preußische OVG (1925), S.187 Anm.1; zit. nach Stern, Gedanken über den wirtschaftslenkenden Staat aus verfassungsrechtlicher Sicht, DÖV 1961, S.327.

9 Irving R.Kaufman, The Supreme Court and its Critics. The Atlantic Monthly, Dez.1963, S.47.

erschließen. Das kann nur gelingen unter der Voraussetzung einer vorurteilsfreien Gesamtschau der Verfassung. Eindimensionale Lösungen sind zu vermeiden. Alle Einzelfragen sind auf dem Hintergrund der gesamten Verfassung, insbesondere aber unter dem Leitstern des Art. 1 I, dem Satz von der Menschenwürde, zu lösen.

Die Arbeit gliedert sich in zwei Hauptteile. Der erste beleuchtet Begriff, Wesen und Arten der Monopole, der zweite befaßt sich mit den Zulässigkeitsvoraussetzungen staatlicher Monopole im Grundgesetz.

Im ersten Teil werden im wesentlichen folgende Themen behandelt: die ursprüngliche Bedeutung des Ausdrucks "Monopol", das Monopol in der Nationalökonomie, in Gesetz, Rechtsprechung und Wissenschaft, die rechtlichen und faktischen Monopole, die begriffliche Abgrenzung der staatlichen Monopole, Finanz- und Verwaltungsmonopole, Staatsmonopole und Staatsregale. Am Schluß folgt eine Übersicht über die gegenwärtig bestehenden staatlichen Monopole.

Der zweite Teil gliedert sich in zwei Abschnitte. Im ersten prüfen wir die Zulässigkeitsvoraussetzungen staatlicher Monopole im Bereich der Grundrechtsordnung, im zweiten die Voraussetzungen im Gebiet der Zuständigkeitsordnung. Das Schwergewicht der Arbeit liegt auf dem ersten Abschnitt. Er ist dreifach unterteilt. Der erste Unterabschnitt enthält Vorüberlegungen zur Legitimationsgrundlage staatlicher Monopole, zur Art und Weise der Verfassungsinterpretation und zur Wirtschaftsverfassung, der zweite befaßt sich mit den Zulässigkeitsvoraussetzungen staatlicher Verwaltungsmonopole im Bereich der Grundrechtsordnung, der dritte mit den gleichen Fragen bezüglich der Finanzmonopole. In den beiden Unterabschnitten II und III überprüfen wir im wesentlichen die staatlichen Monopole an Hand der Art. 12 I, 14, 15 und 2 I GG.

Der Rahmen des Themas würde gesprengt werden, wollten wir alle zur Zeit bestehenden Staatsmonopole am Grundgesetz messen. Unsere Aufgabe besteht vielmehr darin, "in abstracto" die Zulässigkeitsvoraussetzungen gegenwärtiger wie zukünftiger staatlicher Monopole zu ermitteln. Wenn trotzdem einige Einzelmonopole, nämlich das Post-, Stellenvermittlungs-, Feuerversicherungs-, Branntwein- und Zündwarenmonopol, noch besonders untersucht werden, so geschieht das nur, um unsere allgemein gehaltenen Ergebnisse an konkreten Beispielen zu erproben.

Die vorliegende Arbeit behandelt einen Ausschnitt aus dem weiten Gebiet staatlicher Monopole. Sie prüft, ob und ggf. unter welchen Voraus-

setzungen solche Ausschlußstellungen mit dem Grundgesetz zu vereinbaren sind. Dagegen befaßt sie sich nicht mit verfassungsrechtlichen Fragen hinsichtlich der Ausübung staatlicher Monopole. Auch hier wird noch Forschungsarbeit geleistet werden müssen. Erst in jüngster Zeit ist eine Diskussion in der Öffentlichkeit darüber entbrannt, wie die Tarife im Fernsprechwesen, für das die Bundespost bekanntlich ein Monopol besitzt, zu gestalten seien.¹⁰ Das ist nur eine Frage von vielen, die noch einer ausführlichen Untersuchung harren.¹¹ Hier kann darauf nicht mehr eingegangen werden.

Abschließend sei noch festgestellt, daß Rechtsprechung und Schrifttum bis März 1964 berücksichtigt sind.

10 Frankfurter Allgemeine vom 12.3.1964 (Nr.61), S.17. - Die Lösung dürfte auf dem Hintergrund des Sozialstaatsprinzips zu gewinnen sein. Die Daseinsvorsorgefunktion zwingt zur sozialen Tarifgestaltung.

11 Badura, S.259 ff., hat neuerdings verwaltungsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Ausübung staatlicher Monopole erörtert.

Erster Teil

Die staatlichen Monopole

A. Allgemeine Kennzeichnung der Monopole

I. Ursprüngliche Wortbedeutung.

Das Wort "Monopol" ist keine ursprünglich deutsche Bezeichnung. Vielmehr kommt es aus dem Griechischen und bedeutet zunächst die Möglichkeit oder das Recht, ein Gut als einziger zu verkaufen. In einem weiteren Sinne meint es jede ausschließliche Marktstellung, sei es des Handels oder der Produktion.¹

II. Das Monopol in der Nationalökonomie.

Das Monopol ist also eine Erscheinungsform des Wirtschaftslebens. Die Wirtschaftswissenschaft befaßt sich mit ihm ausführlich in der Theorie der Marktformen und in der Theorie des Preises.

Die Lehre von den Marktformen baut auf einer sorgfältigen Analyse der wirtschaftlichen Beziehungen zwischen den Marktteilnehmern auf. Da sich der Markt durch das Zusammentreffen von Angebot und Nachfrage der Wirtschaftssubjekte bildet, wird klar, daß es bei der Theorie der Marktformen im wesentlichen um eine systematische Erfassung der Angebots- und Nachfrageformen geht.² 25 Formen werden dabei unterschieden.² Sie ergeben sich aus der Kombination der folgenden fünf Grundformen: des Voll- und Teilmonopols, des Oligopols sowie des Teiloligopols und schließlich der Konkurrenz. Die Abgrenzung erfolgt nach dem Kriterium der Marktmacht, die sich hauptsächlich nach dem Einfluß eines Wirtschaftssubjekts auf den Marktpreis bemißt. Während die Marktform der Konkurrenz durch den "atomistischen Markt" gekennzeichnet ist, d.h. durch eine unbestimmt große Zahl von Marktteilnehmern, die auf den Preis je als einzelne keinen spürbaren Einfluß haben, beherrscht der Monopolist den Markt. Er ist Herr über Angebotsmenge und Preis.³ Beim Oligopol geht die Marktbeherrschung von mehreren, etwa gleich einflußreichen Wirtschaftssubjekten aus.

Die Preistheorie befaßt sich mit der Struktur der Preisbildung in

1 Badura, S.1; Kossmann, S.1; vgl. zur Wort- und Begriffsbildung insbesondere die Darstellung von Machlup, S.427 ff. Näheres zum Marktbegriff bei Badura, S.11.

2 W. Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, Hamburg 1959, S.26 ff. (29).

3 Badura, S.17.

den verschiedenen Marktformen. Die klassische ebenso wie die neoklassische Theorie haben ihr ihre besondere Aufmerksamkeit geschenkt. Die Steuerungsfunktion des Preises gewinnt im statistischen Modellmarkt der Freiburger Schule (Neoklassik) eine hervorragende Bedeutung.⁴ Bei reiner Konkurrenz ist der Marktpreis Funktion von Angebot und Nachfrage, d.h. er entsteht als Wirkung einer unterschiedlichen Größe von Angebot und Nachfrage und steigt bei wachsender Nachfrage, während er umgekehrt bei steigendem Angebot sinkt. Die ordoliberalen Schule (Freiburger Schule) betrachtet den Konkurrenzpreis als Gleichgewichtspreis und legt ihm eine für die Wettbewerbswirtschaft typische Steuerungsfunktion bei.⁵ Daran fehlt es in der Marktform des Monopols, die zu einem, gegenüber dem Gleichgewichtspreis der Konkurrenzform, höheren Marktpreis führt und damit den Steuerungsmechanismus des Marktes stört. Beim Angebotsmonopol ist der Monopolist in der Lage, vermöge seines Einflusses auf das Gesamtangebot, unter verschiedenen Preisen selbst eine Auswahl zu treffen. Er ist somit zu einer eigenen Preispolitik fähig.

Unter den zahlreichen Monopoldefinitionen in der Nationalökonomie sei hier die von Weiss angeführt, die - wie damals - auch heute noch der herrschenden Auffassung entsprechen dürfte.⁶ Danach besteht das Monopol im strengen Wortsinne in der Beherrschung des Gesamtangebotes eines Gutes (Verkehrsobjektes) oder der Gesamtnachfrage danach durch eine einzige Person oder eine zusammengeschlossene Personengruppe. Ein Monopol liegt aber auch dann vor, wenn eine Person (Personengruppe) das Angebot oder die Nachfrage zwar nicht völlig, wohl aber zu einem so beträchtlichen Teil beherrscht, daß sie durch ihr Verhalten auf dem

4 Vertreter der neoliberalen Schule sind u.a.: F. Böhm, W. Eucken, F. A. von Hayek, R. W. Meyer, L. Mises, L. von Mises, W. Röpke, A. Rüstow, G. Schmolders.

5 Dazu ausführlich Badura, S. 9 ff., mit zahlreichen Literaturangaben. Besonders zu erwähnen ist die anspruchsvolle Abhandlung von Lachlup, S. 436 ff.

6 Weiss, S. 616. Vgl. auch Jehle, S. 12: "Monopol bedeutet die Macht oder Befugnis, innerhalb eines bestimmten Gebietes Gegenstände allein und ausschließlich herzustellen oder abzusetzen, Werkleistungen oder Dienste anzubieten etc. Kennzeichnend für eine Monopolstellung ist also die gänzliche oder doch wenigstens überwiegende Ausschaltung irgendwelcher Konkurrenz." Vgl. weiter Meyer-Cording, Monopol und Marktbeherrschung als Rechtsprobleme, Tübingen 1954, S. 17 ff.

Markt die Preisbildung des betreffenden Gutes merklich beeinflussen kann. Zu der Begriffsbestimmung ist im einzelnen folgendes zu sagen: Träger eines Monopols kann jede natürliche Person sein, ebenso wie jede juristische Person, sei es des privaten oder des öffentlichen Rechts, wie schließlich jeder Personenverband ohne eigene Rechtspersönlichkeit.⁷ Je nachdem auf welcher Marktseite sich der Monopolträger befindet, können Angebots- und Nachfragemonopole unterschieden werden. Auf die Art des monopolisierten Verkehrsobjektes kommt es nicht an. Jede ausschließliche Wirtschaftstätigkeit⁸, gleichgültig ob ihr Substrat Sachgüter oder Dienstleistungen bestimmter Art sind, ist als Monopol anzusehen. Wichtig ist die Unterscheidung zwischen Voll- und Teilmonopol.⁹ Eine andere Terminologie spricht hier von absolutem und relativem Monopol. Während es in der älteren nationalökonomischen Literatur noch durchaus strittig war, ob auch dann ein Monopol vorliegt, wenn der Inhaber Angebot oder Nachfrage nur zu einem Teile beherrscht¹⁰, entspricht es der modernen Theorie, auch diesen Sachverhalt als Monopol zu qualifizieren.¹¹ Die heutige Auffassung weitet damit den Monopolbegriff auf alle die Tatbestände aus, in denen ein Wirtschaftssubjekt kraft seiner marktbeherrschenden Stellung einen wesentlichen Einfluß auf das Marktgeschehen gewinnt. Ob ein Wirtschaftssubjekt beherrschend auf den Markt einwirkt, läßt sich nicht immer ohne weiteres feststellen. Die Größe des Marktanteils wird hierüber jedoch häufig Aufschluß geben. Immerhin macht Badura darauf aufmerksam, daß der marktmachtbezogene Monopolbegriff zu erheblichen Schwierigkeiten bei der Bestimmung führe, ob eine Monopolstellung gegeben sei. Einfach zu handhabende und eindeutige Kriterien

7 Darauf wird weiter unten noch näher einzugehen sein, vgl. I. Teil, A II 2 e.

8 Der Begriff ist weit auszulegen.

9 Vollmonopol = erster Teil der Definition, Teilmonopol = zweiter Teil der Definition von Weiss; Goldschmidt, S. 117, sprach von vollständigem und unvollständigem Monopol.

10 Kossmann, S. 30 f.

11 Literaturhinweise bei Badura, S. 6 F. 18. Von einem Teilmonopol wird daneben auch dann gesprochen, wenn das Monopol sich nicht auf die gesamte Produktion und Distribution eines Gutes bezieht (Vollmonopol), sondern nur auf einen Teil derselben; Badura, S. 6.

zur Ermittlung des Monopolgrades stünden nämlich noch nicht zur Verfügung.¹²

Die vorstehenden Überlegungen mögen zur Kennzeichnung des Monopols in volkswirtschaftlicher Sicht genügen. Sie waren erforderlich; denn es hieße den Blick in unzulässiger Weise verengen, wollte man die Monopolfrage - wie es sogleich geschehen soll - nur unter rechtlichen Aspekten untersuchen. Der Überblick wird zeigen, daß das Monopol im Gebiete des Rechts in einem anderen Licht erscheint als in der Nationalökonomie. Gerade deshalb muß eine ganzheitliche Schau in beide Disziplinen eindringen.

III. Das Monopol im Recht.

1.a. Bei einer Durchsicht des gegenwärtigen positiven Rechts stößt man auf nur wenige Normen, die ausdrücklich von Monopolen handeln. Das Grundgesetz spricht in den Art. 105 I, 106 I und 108 I von Finanzmonopolen, ohne allerdings zu sagen, was es darunter versteht. Die genetische Interpretation ergibt, daß es zumindest die beiden bestehenden Finanzmonopole, nämlich das Branntwein- und das Zündwarenmonopol, meint.¹³ Nach dem Gesetz über das Branntweinmonopol vom 8.4.1922 (RGBl. I, S. 335/405) und dem Zündwarenmonopolgesetz vom 29.1.1930 (RGBl. I, S. 11) bedeuten diese Monopole das ausschließliche Recht des Monopolträgers, bestimmte Wirtschaftstätigkeiten auszuüben.¹⁴ Das Monopol wird hier also in einem ganz bestimmten Sinne, nämlich als Ausschlußrecht, verstanden. - § 22 I des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27.7.1957 (BGBl. I, S. 1081) enthält sachlich eine Legaldefinition des Voll- sowie des Teilmonopols¹⁵: "Soweit ein Unternehmen für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ohne Wettbewerber ist oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist, ist es marktbeherrschend im Sinne dieses Gesetzes." Zwar wird das marktbeherrschende Unternehmen begrifflich erfaßt, sachlich ist damit aber der Monopolatbestand umrissen. Wie später noch zu zeigen sein wird, gibt es über

12 Badura, S. 7, vgl. auch Machlup, S. 427 ff.

13 Einzelheiten im 2. Teil, III. Unterabschnitt.

14 Einzelheiten im 2. Teil, III. Unterabschnitt, A II. Vgl. auch § 4 I Nr. 2 des Gesetzes zur Verhütung von Mißbräuchen auf dem Gebiete der Rechtsberatung v. 13.12.1935 (RGBl. I, S. 1478) und die §§ 99 I, 101/2 GWB.

15 § 22 I GWB gilt sowohl für faktische als auch für rechtliche Monopole: BGH NJW 1961, S. 172; zu den Begriffen siehe weiter unten im Text.

§ 22 I GWB hinaus noch eine ganze Reihe sogenannter Monopolnormen in anderen Gesetzen. Sie alle regeln aber nur ganz bestimmte Monopole. Die Bezeichnung "Monopol" verwenden sie nicht. Jene Vorschriften können hier noch außer Betracht bleiben.¹⁶

b. Die Rechtsprechung hat den Begriff des Monopols nicht bestimmt, aber auch nicht so umschrieben, daß seine Abgrenzung zu den Übergangsformen zwischen Monopol und Konkurrenz deutlich hervortritt.¹⁷ Hauptsächlich im Kartellrecht befaßt sich die Rechtsprechung mit Monopolproblemen. Aber auch im Zivilrecht gibt es eine reichhaltige Judikatur, hier vornehmlich unter dem Gesichtspunkt der sittenwidrigen Ausnutzung einer Monopolstellung.¹⁸

c. In der rechtswissenschaftlichen Literatur hat sich, neben einer Fülle von Schriften zum Monopolproblem im Kartell- und Zivilrecht, insbesondere die Verwaltungsrechtswissenschaft mit den Monopolen beschäftigt.¹⁹ Sie schenkt ihre Aufmerksamkeit vornehmlich den sogenannten rechtlichen Monopolen, bei denen die Ausschließlichkeitsstellung auf einem Rechtssatz beruht, berücksichtigt dagegen weniger die faktischen Monopole, denen keine Monopolnormen zugrundeliegen.²⁰ Beide Gruppen sind im folgenden näher zu kennzeichnen. Für die Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes sowie für die Begriffsbestimmung der staatlichen Monopole ist das notwendig.

2. Die Verwaltungsrechtswissenschaft bezeichnet als "rechtliches Monopol" die unmittelbar oder mittelbar in einem Rechtssatz verankerte Befugnis eines Rechtssubjekts, ausschließlich, d.h. ohne Konkurrenz, eine bestimmte Wirtschaftstätigkeit auszuüben. Nicht die tatsächlich vorhandene wirtschaftliche Ausschlußstellung wird also Rechtsmonopol genannt, sondern die ausschließliche rechtliche Befugnis.

16 Vgl. noch Art. 37 EWG-Vertrag v. 25.3.1957 (BGBl. 1957 II, S. 766). Dort ist von staatlichen Handelsmonopolen die Rede.

17 Bartholomeyczik, § 22 GWB, RdNr. 31.

18 Rechtsprechung zu den §§ 138, 826 BGB, § 1 UWG; ausführlich dazu Bartholomeyczik, § 22 GWB, RdNr. 31.

19 Vgl. die Verwaltungsrechtslehrbücher und die Spezialuntersuchung von Badura.

20 Die begriffliche Unterscheidung machte schon das RG; siehe RGZ 48, 114; 99, 107; 115, 253.

Zu der Begriffsbestimmung ist im einzelnen zu sagen:

a. Ein Rechtssatz ist Grundlage der ausschließlichen Wirtschaftsstellung. Er kann jeder Stufe im Gebäude der Normenhierarchie des positiven staatlichen Rechts angehören, kann Verfassungssatz, einfache gesetzliche Norm oder untergesetzliche Regel sein, also Rechtsverordnung oder Satzung. Auch dann liegt ein rechtliches Monopol vor, wenn es in einem Satz des ungeschriebenen Rechts wurzelt.²¹ Die Verfassung der Bundesrepublik enthält keine Bestimmung, die unmißverständlich klar dem Staat eine bestimmte Wirtschaftstätigkeit zur ausschließlichen Besorgung vorbehält.²² Dagegen gibt es eine ganze Reihe einfacher Monopolgesetze, so z.B. die schon erwähnten Gesetze über das Branntwein- und Zündwarenmonopol. Das gegenwärtige Recht kennt keine Monopole, die unmittelbar in einer Rechtsverordnung gründen. Früher gab es einmal einen solchen Fall, nämlich das durch § 9 der zweiten VO zur Sicherung der Schrottversorgung (VO Schrott I/52) v. 30.7.1952 (Banz.Nr.147) geschaffene Vermittlungsmonopol der Schrottvermittlungs-GmbH Düsseldorf für Schrott und Nutzeisen.²³ Die Gemeindegesetze, die einen Anschluß- und Benutzungszwang an gemeindliche Versorgungseinrichtungen vorschreiben, begründen gemeindliche Monopole. Deren Grundlage sind also autonome Satzungen.²⁴

Abzulehnen ist die früher von Fleiner vertretene Auffassung, von einem "Monopol im Rechtssinne" (= rechtliches Monopol) könne nur dann gesprochen werden, wenn "das Gesetz unmittelbar" eine bestimmte Tätigkeit dem Monopolträger vorbehält.²⁵ Es liege kein rechtliches Monopol vor, meinte Fleiner, wenn eine Polizeibehörde unter Berufung auf sanitäre Interessen den Gemeindegewohnen befiehlt, ausschließlich das Fäkalienabfuhrunternehmen der Gemeinde zu benutzen oder wenn sie den Metzgern

- 21 Damit ist noch nicht gesagt, ob staatliche Monopole auf Grund gewohnheitsrechtlicher Quellen verfassungsmäßig sind. Darüber Näheres im 2. Teil der Arbeit.
- 22 Anders z.B. die Schweizer Verfassung. Zur Streitfrage, ob den Art. 105 ff. materielle Bedeutung beizumessen ist, siehe 2. Teil, III. Unterabschnitt.
- 23 Ges. Grundlage der VO war das Gesetz für Sicherungsmaßnahmen auf einzelnen Gebieten der gewerblichen Wirtschaft vom 9.3.1951 i.d.F. v. 5.5.1951 (BGBl. I, S. 299).
- 24 Rechtsgrundlagen für die autonomen Satzungen befinden sich in den Gemeindeordnungen der Länder, z.B. in § 22 Selbstverwaltungsgesetz für Rheinland-Pfalz i.d.F. vom 5.10.1954 (GVBl., S. 117).
- 25 Fleiner, 8. Aufl., S. 342.

das Schlachten im öffentlichen Schlachthof vorschreibt. Das Monopol sei hier lediglich Reflexwirkung einer von dem betreffenden Betriebe unabhängigen Anordnung.²⁶ Mit Recht kritisiert Kossmann, der formelle Unterschied zwischen einer gesetzlichen Monopolnorm und einer in einer Verordnung oder Satzung enthaltenen Monopolnorm rechtfertigt keine verschiedene Beurteilung.²⁷ Wollte man die Verordnungs- und Satzungsmonopole aus dem Begriff des rechtlichen Monopols herausnehmen, so würde das im Ergebnis zu einer neuen Begriffsbestimmung für diese nun namenlose Gruppe führen. Aber was wäre schon mit einer neuen Bezeichnung gewonnen? Nicht viel, da ein wesentlicher Unterschied für die Differenzierung fehlt. Richtiger dürfte es sein, bei der Begriffsbildung ökonomisch zu verfahren und nur dann neue Ausdrücke einzuführen, wenn damit irgendwelche rechtlich erheblichen Aussagen gemacht werden sollen.

Wenn oben gesagt wurde, bei den rechtlichen Monopolen begründe ein Rechtssatz die ausschließliche wirtschaftliche Stellung, so erscheint dies noch nicht hinreichend präzisiert. Es muß noch Klarheit darüber gewonnen werden, ob die Monopolstellung unmittelbar auf einen Rechtssatz zu stützen ist oder ob auch eine nur mittelbare Begründung in einer Rechtsnorm ausreicht. Man denke an die vielen Fälle, in denen ein Monopol durch einen gesetzlich fundierten Verwaltungsakt geschaffen wird, wie z.B. im Falle der Patenterteilung.²⁸ Ohne nähere Begründung nimmt Seidel die sogenannten gewerblichen Ausschlußrechte, z.B. Patente und Warenzeichen, aus dem Begriff des rechtlichen Monopols heraus, obgleich sie "kraft hoheitlicher Gestattung" eine Idee zugunsten des Erfinders "monopolisieren".²⁹ Seidel kann nicht gefolgt werden, zumal er seine Ansicht nicht begründet. Schon seit langer Zeit wird in der Verwaltungsrechtsliteratur auch dann von einem rechtlichen Monopol gesprochen, wenn die ausschließliche Machtstellung auf einem Hoheitsakt kraft gesetzlicher Ermächtigung beruht.³⁰ Das ist auch sinnvoll, da der Begriff "rechtliches Monopol" auf die Rechtsgrundlage abstellt und somit gleichermaßen für unmittelbare wie für mittelbare Monopolstellungen zu gelten hat.

26 Fleiner, 5. Aufl., S. 318 f.

27 Kossmann, S. 110.

28 PatG i. d. F. v. 9.5.1961 (BGBl. I, S. 550).

29 Seidel, S. 5.

30 Kossmann, S. 109, E. H. Huber, WVR I, S. 481, Badura, S. 3.

b. Die rechtlichen Monopole können öffentlich-rechtliche oder privat-rechtliche Monopole sein, je nachdem ob der zugrundeliegende Rechtssatz dem öffentlichen oder dem privaten Recht angehört.³¹ Beispiele für die erste Gruppe sind z.B. das Postbeförderungsmonopol nach § 1 des Gesetzes über das Postwesen vom 28.10.1871 (RGBl. S.347) und das Fernmeldeanlagenmonopol gemäß § 1 des Gesetzes über Fernmeldeanlagen vom 14.1.1928 (RGBl. I, S.8). Das Patentmonopol hingegen ist ein Beispiel für die zweite Gruppe. Zwar wird das Patentrecht durch einen öffentlichrechtlichen Akt begründet; das Patentrecht selbst ist aber zivilrechtlicher Natur und die Patenterteilung ein privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt.³²

c. Ein rechtliches Monopol ist die Befugnis, d.h. das subjektive Recht eines Rechtssubjekts, eine bestimmte Wirtschaftstätigkeit ausschließlich auszuüben. Das entspricht heute herrschender Lehre.³³ So umschreibt E.R. Huber z.B. das öffentlich-rechtliche Monopol als "eine im öffentlichen Recht begründete Befugnis eines verwaltungseigenen oder eines beliehenen Unternehmens, eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit ausschließlich auszuüben."³⁴ Allerdings bestimmte er noch 1932 in der 1. Auflage seines Werkes "Wirtschaftsverwaltungsrecht" das rechtliche Monopol als "Ausübung eines Rechtes zur ausschließlichen Aneignung oder Erzeugung, zum ausschließlichen Absatz, zur ausschließlichen Einfuhr oder Ausfuhr eines wirtschaftlichen Gutes."³⁵ Der feine Formulierungsunterschied fällt auf. Befugnis und Ausübung der Befugnis sind nicht dasselbe. Im zweiten Fall denkt man an die faktisch vorhandene Ausschlußstellung des Monopolisten, im ersten dagegen an die Grundlage dieser Machtposition, an das Recht, das sie verbürgt. Hier liegt die Vorstellung eines Sollens zugrunde, dort die eines Seins, und damit wird zugleich die unterschiedliche

31 Köttgen, S.23, Badura, S.89.

32 § 6 PatG vom 9.5.1961 (BGBl. I, S.550).

33 E.R. Huber, WVR I, S.480; Schick, S.931 (allerdings spricht er nur von rechtlichen Monopolen, wenn der Staat oder Träger mittelbarer Staatsverwaltung Inhaber der Ausschlußstellung sind); Badura, S.3, 86.

34 E.R. Huber, WVR I, S.480.

35 E.R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Tübingen 1932, S.49. Mit dem ausschließlichen Aneignungsrecht dürfte Huber die Staatsvorbehalte im Bergbau meinen, nicht aber das Aneignungsrecht nach § 928 II BGB oder das Recht nach den §§ 1936, 1942 II BGB. Zwar liegen auch hier ausschließliche Rechte vor, aber keine ausschließlichen Wirtschaftsbefugnisse.

Betrachtung des Monopols in Rechtswissenschaft und Wirtschaftswissenschaft deutlich. Die Nationalökonomie begreift das Monopol als eine Marktlage, nämlich als Gegenbegriff zur Konkurrenz. Sie sieht die wirtschaftliche Machtstellung eines Rechtssubjekts als Monopol an. Die Rechtswissenschaft knüpft dagegen - bei den rechtlichen Monopolen - an die Befugnis, also an das subjektive öffentliche Recht an, das nicht nur als Grundlage der Ausschlußstellung (= Monopolstellung) begriffen wird, sondern dem selbst unmittelbar die Bezeichnung "Rechtsmonopol" beigelegt wird. Der älteren Auffassung Hubers kann vom rechtlichen Standpunkt aus nicht gefolgt werden. Als richtig wird dagegen seine neuere Definition erkannt. In diesem Sinne bezeichnet auch Badura das rechtliche Monopol als das ausschließliche Recht, eine bestimmte Tätigkeit auszuüben,³⁶ und formuliert Schick ganz unmißverständlich: "Das Monopol ist ein Ausschließlichkeitsrecht".³⁷

Zum Teil sprechen die Monopolgesetze ausdrücklich davon, daß ein bestimmtes Rechtssubjekt das ausschließliche Recht habe, eine bestimmte Wirtschaftstätigkeit zu besorgen. So heißt es z.B. in § 1 I 1 des Gesetzes über Fernmeldeanlagen vom 14.1.1928 (RGBl. I, S. 8): "Das Recht, Fernmeldeanlagen, nämlich Telegraphenanlagen für die Vermittlung von Nachrichten, Fernsprechanlagen und Funkanlagen zu errichten und zu betreiben, steht ausschließlich dem (Bund) zu." Strafvorschriften sorgen in diesen Fällen dafür, daß die ausschließliche Befugnis des Monopolinhabers beachtet wird. So wird z.B. nach § 15 I des genannten Fernmeldeanlagengesetzes mit Gefängnis oder mit Geldstrafe bestraft, wer vorsätzlich, entgegen den Bestimmungen dieses Gesetzes und damit auch entgegen § 1 I, eine Fernmeldeanlage errichtet oder betreibt.³⁸ In anderen Fällen fehlt es an einer klaren Monopolnorm; dennoch bringt das Gesetz unmißverständlich zum Ausdruck, daß ein bestimmter Rechtsträger einen Aufgabenkreis allein wahrnehmen soll. So lautet z.B. § 1 I 1 des Gesetzes über das Postwesen vom 28.10.1871: "Die Beförderung aller ... Briefe ... auf andere Weise als durch die Post ist verboten."

36 Badura, S. 2.

37 Schick, S. 931. Vgl. auch Seidel, S. 4: "Unter Monopol versteht das Wirtschaftsverwaltungsrecht die Befugnis, jeden anderen von der gleichen wirtschaftlichen Tätigkeit auszuschließen."

38 Siehe auch § 2 ABG und § 6 PatG.

Für Otto Mayer war das wesentliche Kennzeichen des Monopols das "Verbot". Bekannt ist seine Definition des staatlichen Monopols als "ein Verbot an jedermann, die gleichen Leistungen anzubieten wie er", nämlich der Staat.³⁹ Diese Ansicht wird heute nicht mehr vertreten, weil dabei das Eigentliche des Monopols, die Befugnis, unberücksichtigt bleibt

Jehle sieht den wesentlichen Kern eines jeden rechtlichen Monopols in der Verbindung von Rechtsbefugnis und Verbot. Das Monopol stelle das Recht eines Rechtssubjekts dar, bestimmte Handlungen allein vorzunehmen, enthalte aber als notwendiges Korrelat zu dem Alleinrecht des Monopolinhabers eine Verbotsnorm an alle anderen möglichen Konkurrenten, in der ihnen verboten würde, die vorbehaltenen Handlungen auch vorzunehmen.⁴⁰ Diese Auffassung sieht richtig, daß die Zuweisung einer ausschließlichen Wirtschaftsbefugnis ohne eine ergänzende Verbotsnorm unwirksam bleiben könnte. Zu weit geht es aber, wenn die Verbotsnorm als notwendiges Kennzeichen des Rechtsmonopols herangezogen wird. Bei den Gemeindemonopolen fehlt es überhaupt an einer unmittelbaren Verbotsnorm. Dennoch liegen Monopole vor. Die Gemeindemonopole werden auf Grund eines satzungsmäßigen Anschluß- und Benutzungszwanges begründet. Unter bestimmten Voraussetzungen kann eine Gemeinde durch Satzung die Einwohner zwingen, sich an bestimmte gemeindliche Versorgungseinrichtungen anzuschließen und diese zu benutzen, z.B. Einrichtungen der Müllbeseitigung. Macht eine Gemeinde von diesem ihr in der Gemeindeordnung eingeräumten Recht Gebrauch,⁴¹ dann ist sie Trägerin eines rechtlichen Monopols, ohne daß ein unmittelbares Wettbewerbsverbot unmittelbar statuiert wäre. Allerdings bewirkt die Satzung mittelbar den Ausschluß dritter Personen, die bisher die gleichen Leistungen (z.B. Müllabfuhr) erbracht haben oder in Zukunft erbringen wollen.⁴² Mißverständlich spricht Barschkies davon, die Konkurrenz privater Betriebe werde hier "tatsächlich" unmöglich gemacht.⁴³ Diese Ausdrucksweise verwischt die Grenze zu den noch vorzustellenden faktischen

39 O. Mayer, Verwaltungsrecht, I. Bd., 2. Aufl. 1914, S. 366 (zit. nach Kossmann, S. 117).

40 Jehle, S. 13.

41 Vgl. z.B. § 22 Selbstverwaltungsgesetz von Rheinland-Pfalz, i.d.F. vom 5.10.1954 (GVBl. S. 117).

42 Der Anschlußzwang bewirkt den Ausschluß noch nicht, sondern erst der Benutzungszwang.

43 Barschkies, S. 25 F. 1.

Monopolen. Man sollte hier vorsichtiger von einem mittelbaren Wettbewerbsverbot auf Grund einer Satzung sprechen.

d. Gegenstand des Monopols ist eine bestimmte Wirtschaftstätigkeit. Badura erscheint dies zu eng. Er knüpft nicht an die Bedeutung des ursprünglichen Monopolbegriffs an, sondern übernimmt die im allgemeinen Sprachgebrauch anzutreffende bereits übertragene Bedeutung, die unter Monopol alle nur einer Person oder einer geschlossenen Gruppe zustehenden Tätigkeiten versteht. Er meint, da sich die Bildung von Ausschließlichkeitspositionen nicht auf das wirtschaftliche Verhalten beschränke, sondern im gesamten sozialen Bereich möglich sei, sei das Monopol eine soziale Erscheinung und daran habe sich die rechtswissenschaftliche Behandlung zu halten. Als rechtliches Monopol sei somit das ausschließliche Recht zur Ausübung "eine(r) bestimmte(n) Tätigkeit" anzusehen. Darunter fielen hauptsächlich "wirtschaftende" aber auch "kulturelle" Tätigkeiten.⁴⁴ Die h.A. im Verwaltungsrecht sieht das Monopol zutreffend als Wirtschaftsmonopol. Wirtschaftstätigkeiten bilden demgemäß seinen Gegenstand.⁴⁵ Sachlich ist m.E. nichts dagegen einzuwenden, wenn Badura von einem weiteren Monopolbegriff ausgeht. Aber man kann doch nicht sagen, die Rechtswissenschaft habe den weiteren Begriff zugrunde zu legen. Solange der Ausdruck Monopol nur als spezialgesetzlicher Legalbegriff anzutreffen ist, muß es der Wissenschaft unbenommen sein, außerhalb der Gesetze einen mehr allgemeinen Monopolbegriff zu entwickeln, der nur für eine bestimmte Gruppe von gleichartigen Erscheinungen gelten soll. Die Monopole sind also Erscheinungsformen des Wirtschaftslebens. Bestimmte Wirtschaftstätigkeiten bilden ihren Inhalt. Unter Wirtschaftstätigkeit versteht E.R. Huber "die selbständige Unternehmenstätigkeit ..., die auf die Erzeugung und den Umsatz wirtschaftlicher Güter, auf den Personen-, Güter- oder Nachrichtenverkehr, auf den Abschluß von Kredit- oder Versicherungsgeschäften oder auf gewerbliche Leistungen heilkundlicher, rechts- oder wirtschaftsberatender oder geschäftsvermittelnder Art gerichtet ist".⁴⁶

44 Badura, S. 2, 91. Unter "wirtschaftende(n) Tätigkeiten" versteht er : (S. 91) "Beteiligungen an wirtschaftlichen Vorgängen durch Einschaltung in den Güter- und Leistungskreislauf von Produktion und Distribution".

45 Z.B. Schick, S. 931 : "das Monopol erfaßt eine Tätigkeit im wirtschaftlichen Bereich"; Kossmann, S. 1.

46 E.R. Huber, WVR I, S. 479.

Diese Umschreibung des Ausdrucks "Wirtschaftstätigkeit" ist sehr konkret und darum anschaulich. Die meisten Monopoltätigkeiten werden darunter subsumiert werden können. Dennoch erscheint die Kennzeichnung als zu eng. Wir begreifen unter Wirtschaftstätigkeit jede Tätigkeit, die Grundlage der Lebensführung der Menschen, d.h. aber Gegenstand eines Berufes, sein könnte. Der Begriff Beruf soll hier denkbar weit und zunächst noch völlig untechnisch, ohne Anlehnung an irgendwelche gesetzliche Normen, insbesondere Art. 12 I GG, verstanden werden.

Über den jeweiligen sachlichen Umfang einer monopolisierten Wirtschaftstätigkeit geben die gesetzlichen Vorschriften Auskunft. So umfaßt z.B. das Zündwarenmonopol nach § 2 ZMG die Übernahme aller im Monopolgebiet hergestellten Zündwaren von den Produzenten und deren unmittelbare Weiterveräußerung, die Einfuhr von Zündwaren in das Monopolgebiet, sowie deren Ausfuhr.

e. Nach der Trägerschaft einer ausschließlichen Wirtschaftsbefugnis lassen sich unterscheiden: Staatsmonopole, wenn der Staat, Kommunalmonopole, wenn eine Gemeinde oder ein Gemeindeverband und Privatmonopole, wenn ein Privatrechtssubjekt Inhaber der Monopols ist.⁴⁷ Staatsmonopole sind z.B. das Zündwarenmonopol gemäß § 1 des ZMG und das Postmonopol nach § 1 PostG. Kommunalmonopole gibt es für gemeindliche Versorgungseinrichtungen bei satzungsmäßigem Anschluß- und Benutzungszwang. Ein Privatmonopol ist z.B. das Kehrmonopol der Bezirksschornsteinfegermeister.⁴⁸ Obgleich in den Beispielen nur öffentlich-rechtliche Staats-, Kommunal- und Privatmonopole vorgeführt wurden, gilt für privatrechtliche Monopole nichts anderes. Auch sie können dem Staat, den Gemeinden oder Rechtssubjekten des Privatrechts zustehen. Man denke z.B. an dem Staat gehörende Patente.

Trägerschaft und Ausübung eines rechtlichen Monopols können auseinanderfallen. Das Zündwarenmonopol steht z.B. nach § 1 ZMG (in Verb. mit Art. 124, 105 I GG) dem Bund zu, wird aber gemäß § 4 des Gesetzes von der Deutschen Zündwaren-Monopol-Gesellschaft, einer juristischen

47. Jehle, S. 13, Badura, S. 7.

48. Rechtsgrundlage: § 39 GewO in Verb. mit der VO über das Schornsteinfegerwesen v. 28.7.1937 i. d. F. vom 11.12.1937 (RGBl. I, S. 831, 1134).

Person des Privatrechts mit stark öffentlichem Einschlag, ausgeübt.⁴⁹ Ebenfalls kann eine Gemeinde den Anschluß- und Benutzungszwang an eine demnächst einzurichtende Versorgungsanlage vorschreiben und mit einem privaten Unternehmer dahin übereinkommen, daß dieser an Stelle der Gemeinde die Versorgungsanlage baut und unterhält. Der Privatunternehmer wird damit nicht Inhaber eines rechtlichen Monopols, sondern übt lediglich ein Gemeindemonopol aus. Schließlich kann auch bei einem rechtlichen Privatmonopol Inhaberschaft und Ausübung in verschiedenen Händen liegen, so z.B., wenn ein Patentinhaber einem anderen Rechtssubjekt eine Lizenz erteilt (vgl. § 25 I 1 PatG).

Die Erteilung der Ausübungsbefugnis kann auf verschiedene Weise erfolgen, nämlich durch Gesetz (so beim Zündwarenmonopol), durch Verwaltungsakt (so z.B. bei einer Eisenbahnkonzession), durch öffentlich-rechtlichen oder privat-rechtlichen Vertrag (z.B. Vertrag der Gemeinde mit Privatunternehmer (siehe im Text oben), Lizenz). Auch dem Umfang nach kann sie unterschiedlich sein. Entweder kann die Ausübungsbefugnis sachlich den gesamten monopolisierten Sektor erfassen oder nur einen Teilbereich.

3. Das durch einen Rechtssatz begründete subjektive Ausschlußrecht wird als Rechtsmonopol bezeichnet. Im Gegensatz dazu ist das faktische Monopol die lediglich tatsächlich gegebene ausschließliche Möglichkeit eines Rechtssubjekts, eine bestimmte Wirtschaftstätigkeit auszuüben.⁵⁰ Das heißt im einzelnen:

a. Ebensowenig wie beim Rechtsmonopol kommt es hier darauf an, ob das Rechtssubjekt von der Möglichkeit Gebrauch macht. Sowohl der Patentinhaber, der sein Patent nicht verwertet, wie auch der Eigentümer der einzigen Lagerstätte eines bestimmten Bodenschatzes, der die Lagerstätte nicht ausbeutet, haben ein rechtliches bzw. faktisches Monopol, da nur sie in der Lage sind, die betreffenden Tätigkeiten auszuüben. Wichtig ist also allein die ausschließliche Möglichkeit zur Marktbeherrschung beim faktischen Monopol.

b. Die verwaltungsrechtlichen Darstellungen des faktischen Monopols sind zum Teil ungenau oder sachlich unrichtig. So sieht Fleiner den

49 Über die Rechtsnatur vgl. im 1. Teil, B IV 2 b.

50 Badura, S. 2. Anstatt von faktischen Monopolen spricht man auch von "tatsächlichen Monopolen", vgl. z.B. Bartholomeyczik, § 22 GWB, RdNr. 41.

Entstehungstatbestand des faktischen Monopols unter zu engem Blickwinkel: Ein faktisches Monopol entstehe "auf Grund von Momenten, die außerhalb des Monopolbetriebes selbst liegen", sagt er.⁵¹ Aus dem Gemeinderecht führt er das Beispiel des städtischen Gaslieferungsmonopols an, das nur deshalb möglich sei, weil der Gemeinde die Straßen und Wege gehören, in die die Gasleitungen verlegt werden müssen. Das ist richtig. Trotzdem sind die Entstehungsursachen für faktische Monopole nicht immer "außerhalb des Monopolbetriebes" zu suchen, z.B. dann nicht, wenn Lage und Lieferbedingungen des Betriebes und Qualität der Ware so hervorragend sind, daß Konkurrenzunternehmen keine Absatzchancen haben. - Unzutreffend versteht Seidel unter faktischen Monopolen "Wirtschaftsgebilde, die ... wegen ihrer wirtschaftlichen Übermacht tatsächlich (faktisch) jeden anderen Wettbewerber vom Markte ausschließen".⁵² Wirtschaftsgebilde können keine Monopole sein, sondern allenfalls Träger von Ausschlußstellungen; aber auch dann ist der Ausdruck "Wirtschaftsgebilde" juristisch noch viel zu ungenau. - Auch Kossmann kann nicht gefolgt werden. Er will den Begriff "faktische Monopole" nur auf solche Tatbestände anwenden, "in denen ein Monopol ohne Mitwirkung des Staates, der Gemeinde und anderer Körperschaften lediglich aus wirtschaftlichen (tatsächlichen) Gründen entsteht."⁵³ Das ist m.E. zu eng. Auch die genannten öffentlichen Rechtssubjekte können Träger faktischer Monopole sein. - Schließlich versteht Barschkies unter faktischen Monopolen nicht die fiskalisch ausgeübten Unternehmungen des Staates. Er führt dafür den Begriff "virtuelle(n) Monopole" ein.⁵⁴ Als faktische Monopole sieht er die wirtschaftlichen Vorzugsstellungen an, die auf der Ausübung eines unabhängig vom Wirtschaftsbetriebe bestehenden Rechts beruhen, wie z.B. die Ausbeutung eines einmaligen Erzvorkommens.⁵⁵ Die Abtrennung der sog. virtuellen Monopole von den faktischen erscheint sachlich unangemessen. Einmal

51 Fleiner, 5. Aufl., S. 317 f.

52 Seidel, S. 5.

53 Kossmann, S. 110.

54 Barschkies, S. 26.

55 Barschkies, S. 25 f. Andere sprechen hier von natürlichen Monopolen, z.B. Goldschmidt, S. 117 ff. (die rechtlichen Monopole nennt er künstliche Monopole).

würden die faktischen Monopole privater Rechtssubjekte herausfallen, zum anderen ist der Begriff "faktisch" in Antithese zu "rechtlich" zu setzen und deshalb sollten alle nicht-rechtlichen Wirtschaftsmonopole als faktische bezeichnet werden.

c. Hinsichtlich Trägerschaft und Gegenstand gilt bei den faktischen Monopolen Gleiches wie bei den rechtlichen. Auf die obigen Ausführungen wird verwiesen. Unter den faktischen Monopolen privater Rechtsträger sind die sog. Kollektivmonopole, insbesondere die Kartelle - z.T. spricht man auch von organisatorischen Monopolen -, von besonderer Bedeutung.⁵⁶

d. Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben sich insbesondere bei den Monopolstellungen privater Versorgungsunternehmen auf Grund von Konzessionsverträgen mit einer Gebietskörperschaft, insbesondere mit einer Gemeinde. Hier liegt i.d.R. ein faktisches Monopol des Privatunternehmens vor, da die Verträge dem Unternehmen kein subjektives Recht zum Ausschluß konkurrierender Unternehmen einräumen. Seine Ausschlußstellung beruht nur auf einer vertraglichen Vereinbarung mit der Gebietskörperschaft und schafft somit nur relative Rechtsbeziehungen.⁵⁷ M.E. ändert sich die Rechtslage, wenn die Gemeinde in einer Satzung den Anschluß - und Benutzungszwang beschließt und so die Gemeindeglieder zur Inanspruchnahme der Versorgungsleistungen verpflichtet. Ein Konkurrenzunternehmen könnte jetzt - selbst wenn es durch das Gemeindeeigentum an den Straßen und Wegen nicht gehindert wäre, Versorgungsleitungen zu legen - keine Versorgungsleistungen erbringen, da die Bürger zur Benutzung des konzessionierten Unternehmens verpflichtet wären. Das Privatunternehmen übt ein rechtliches Gemeindemonopol aus.

4. Goldschmidt behauptete einmal, der Begriff des Monopols sei auch für die Rechtswissenschaft aus der Volkswirtschaftslehre zu entnehmen, da Recht und Wirtschaft denselben Gegenstand betreffen und sich nur durch die Betrachtungsweise unterscheiden.⁵⁸ Kossmann widersprach mit der Erwägung, im Recht könne der Monopolbegriff wegen des

56 Seidel, S.6, Badura, S.4.

57 Huber, WVR I, S.566 f., Bartholomeyczik, § 22 GWB, RdNr.6, 41. Unklar Köttgens Polemik, S.23 ff., gegenüber E.R.Huber.

58 Goldschmidt, S.117. Die angeblich gegenteilige Auffassung O.Mayers in: Deutsches Verwaltungsrecht, Bd.1, 1895, ist in O.Mayers Werk nicht auffindbar.

engen normativen Zusammenhanges einen anderen Sinn annehmen. Schon aus diesem Grunde sei die Übernahme abzulehnen.⁵⁹ Er hat recht. Für die Nationalökonomie ist das Monopol eine Machtstellung im Gefüge der tauschwirtschaftlichen Beziehungen. Im Recht ist es primär eine Befugnis, ein subjektives Recht, also zwar auch eine Machtstellung, aber doch eine besonders geartete. Die Volkswirtschaft knüpft als Seinswissenschaft nicht an die Befugnis (= Monopol) an, sondern an die ausgeübte Befugnis. Das Recht kann und wird häufig auch an empirisch feststellbare Machtstellungen anknüpfen (vgl. z.B. § 22 GWB), und insofern ist der Anknüpfungspunkt für Recht und Wirtschaft gleich. Aber darüber hinaus begründet das Recht im Falle rechtlicher Monopole neue Machtstellungen, und wenn die Rechtswissenschaft diese Befugnisse Monopole nennt, dann handelt es sich dabei um eine spezifisch juristische Bezeichnung. Von einer Übernahme aus der Volkswirtschaft kann dann keine Rede sein.⁶⁰ Allenfalls wird man von einer Begriffsverwandtschaft insofern sprechen dürfen, als es beide Male um ausschließliche Machtlagen geht.

5. Kossmann unternahm in seiner Dissertation erstmalig den Versuch, einen allgemeinen Rechtsbegriff des Monopols zu entwickeln, der die einzelnen Monopolstatbestände, die wir oben schon vorführten, umfassen sollte. Er suchte also einen Oberbegriff für die einzelnen rechtlich relevanten Monopolstatbestände.⁶¹ Nach einer sorgfältigen Bestandsaufnahme der Monopole in Wirtschaft und Recht stellt der Verfasser am Schluß seiner Untersuchung 15 Grundsätze auf, in denen er den allgemeinen Rechtsbegriff "Monopol" kennzeichnet.⁶² An einer präzisen Begriffsbestimmung fehlt es in der Arbeit. Das ist darauf zurückzuführen, daß die Vielzahl der Monopolarten und -merkmale eine griffige Definition nicht erlauben. Der Gehalt des allgemeinen Monopolbegriffs ist weit, die Aussagekraft aber im Einzelfall gering, da der spezielle Monopolbegriff jeweils erst aus einem bestimmten Normengefüge herauspräpariert werden muß. Deshalb ist es sinnvoller, die wissenschaft-

59 Kossmann, S. 130 f.

60 Vgl. in anderem Zusammenhang auch Krüger, S. 305: Er lehnt es ab, "der Auslegung eines Verfassungssatzes eine Fachterminologie oder Fachmeinung" aus einer anderen Disziplin (in concreto: Volkswirtschaftslehre) "zugrunde zu legen"; es geht Krüger um die Auslegung des Begriffs "Produktionsmittel" in Art. 15 GG.

61 Kossmann, S. 130 ff.

62 Kossmann, S. 132 ff.

lichen Bemühungen auf die Herausarbeitung einzelner Monopolarten zu legen, wie es Badura neuerdings im Hinblick auf die öffentlich-rechtlichen Monopole unternommen hat.⁶³

B. Die staatlichen Monopole im besonderen

I. Begriffliche Erfassung.

1. Von "staatlichen Monopolen" kann zunächst nur auf der Grundlage einer bestimmten Staatsverfassung gesprochen werden. Hier kommt das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBl. S. 1) in Betracht. Gemäß Art. 20 I ist die Bundesrepublik ein Bundesstaat. Demgemäß sind die staatlichen Monopole in solche des Zentralstaats, also des Bundes (= Bundesmonopole) und solche der Gliedstaaten, also der Länder (= Landesmonopole) aufzuteilen.¹ - Die staatlichen Monopole können rechtliche oder nur faktische sein, je nachdem ob eine ausschließliche Rechtsbefugnis vorliegt oder nicht. Im ersten Fall sind die öffentlich-rechtlichen von den privat-rechtlichen Staatsmonopolen zu trennen.

2. In der rechtswissenschaftlichen Literatur wurde bisher der Begriff "staatliches Monopol" nur selten näher beleuchtet. Wenn das aber geschah, dann wurde der Ausdruck immer in einem engeren Sinn verstanden als hier. So zählt E. R. Huber z. B. allein die in öffentlich-rechtlichen Normen enthaltenen ausschließlichen staatlichen Wirtschaftsbefugnisse zu den Staatsmonopolen.² Barschkies entnimmt die Voraussetzungen staatlicher Monopole dem § 1 des Branntweinmonopolgesetzes und den §§ 1 bis 5 des Zündwarenmonopolgesetzes. Er gewinnt so im Wege der Verallgemeinerung die Bestandteile eines Staatsmonopolbegriffes, der ganz ähnlich wie bei Huber nur öffentlich-rechtliche Monopole umfaßt.³ Aus systematischen Gründen - nämlich um sämtliche dem Staat zuzuordnenden ausschließlichen Wirtschaftsstellungen zu erfassen - dürfte es richtiger

63 Badura, S. 111 ff.

1 Das BVerfG bekennt sich nicht zum dreigliedrigen, sondern zum zweigliedrigen Bundesstaatsbegriff, Urt. v. 11. 7. 1961, NJW 1961, S. 1453.

2 E. R. Huber, WVR I, S. 480, 488.

3 Barschkies, S. 2.

sein, den Begriff Staatsmonopol weit auszulegen, so daß auch privat-rechtliche und faktische Monopole darunter fallen. Die vorliegende Arbeit beschränkt sich allerdings auf die Untersuchung der grundgesetzlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen öffentlich-rechtlicher Staatsmonopole. Die privat-rechtlichen und faktischen Staatsmonopole sind daher im folgenden nicht mehr zu berücksichtigen.

3. E.R. Huber hat die staatlichen Monopole "hoheitliche Wirtschaftsbefugnisse" genannt, die dem Staat vorbehalten seien und von ihm entweder in staatsunmittelbarer Verwaltungstätigkeit oder durch staatsabhängige öffentliche Anstalten ausgeübt würden.⁴ Die erste Gruppe kann man als staatsunmittelbare oder Verwaltungsmonopole im formellen Sinn bezeichnen, die zweite als Anstaltsmonopole.⁵ Folgende Ausschlußrechte rechnet Huber zu den staatlichen Monopolen: die Bergmonopole, das Geld- und Kreditmonopol, das Post- und Telegraphenmonopol und die landwirtschaftlichen Einfuhrmonopole.⁶ Hubers Definition der staatlichen Monopole ist zu eng. In unserer Arbeit soll ein weiterer, mehr materiell bestimmter Begriff zugrundegelegt werden. Unter Staatsmonopolen verstehen wir: 1. alle dem Bund oder den Ländern unmittelbar zustehenden wirtschaftlichen Ausschließkeitsrechte, gleichgültig ob sie durch Regiebetriebe, nichtrechtsfähige öffentliche Anstalten oder staatliche Unternehmen des Privatrechts ausgeübt werden, 2. alle Monopole rechtsfähiger öffentlich-rechtlicher Anstalten und Körperschaften des Bundes und der Länder. 3. Staatsmonopole liegen auch dann vor, wenn Bund oder Länder zwar Träger bestimmter wirtschaftlicher Ausschließkeitsbefugnisse sind, die Ausübung jedoch von sog. beliebigen Unternehmern besorgt wird, wie z.B. im Fall des § 4 ZMG, nach dem die Deutsche Zündwaren-Monopol-Gesellschaft das Zündwarenmonopol ausübt.

E.R. Huber spricht bei den ausschließlichen Wirtschaftsbefugnissen der öffentlich-rechtlichen Körperschaften und der beliebigen Unternehmer von beliebiger Wirtschaftstätigkeit. Ja, er bezeichnet beide

4 Huber, WVR I, S. 488.

5 Huber, WVR I, S. 66, 482. - Von den Verwaltungsmonopolen im formellen Sinn sind die Verwaltungsmonopole im materiellen Sinn zu trennen, vgl. 1. Teil B II 2.

6 Huber, WVR I, S. 488 ff.

Träger sogar als beliebene Unternehmen und stellt sie der verwaltungseigenen Wirtschaftstätigkeit durch verwaltungseigene Unternehmen, nämlich Regiebetrieb, öffentliche Anstalten und privatwirtschaftliche Unternehmen der öffentlichen Hand gegenüber. Bei der beliebenden Wirtschaftstätigkeit handele es sich um "öffentliche Wirtschaftsbefugnisse außerhalb des staatsunmittelbaren Verwaltungsbereichs".⁷ Gegen diesen Sprachgebrauch ist zweierlei einzuwenden: Einmal sollte von einem beliebenden Unternehmen nicht gesprochen werden bei der Übertragung öffentlicher Wirtschaftsbefugnisse auf eine öffentlich-rechtliche Körperschaft. Diese Bezeichnung sollte vielmehr den Rechtssubjekten des Privatrechts, die hoheitliche Aufgaben wahrnehmen, allein vorbehalten bleiben. Zum anderen liegen Wirtschaftsbefugnisse außerhalb des staatsunmittelbaren Verwaltungsbereichs nicht nur dann vor, wenn Körperschaften des öffentlichen Rechts und beliebene Unternehmen sie ausüben, sondern auch, wenn öffentlich-rechtliche Anstalten sie wahrnehmen. Die Trennung zwischen staatsunmittelbarer und staatsmittelbarer Verwaltung ist im Verwaltungsrecht üblich und sachlich nicht zu beanstanden.⁸

Die staatlichen Monopole sind von den Gemeindemonopolen zu trennen. Alle wirtschaftlichen Ausschließlichkeitsbefugnisse der Kommunen und Kommunalverbände fallen unter den Begriff "Gemeindemonopol", gleichgültig, ob die Rechtsgrundlage in Bundes- oder in Landesgesetzen unmittelbar oder mittelbar enthalten ist.

Auch von den Privatmonopolen, die Subjekten des Privatrechts zustehen, sind die staatlichen Monopole zu scheiden. Ein Privatmonopol liegt nicht vor, wenn ein Privatrechtssubjekt lediglich eine dem Staat vorbehaltene ausschließliche Wirtschaftsbefugnis ausübt, wie es z.B. die Zündwarenmonopolgesellschaft tut. Vielmehr kommt es darauf an, daß dem Privatrechtssubjekt originär, also nicht derivativ wie bei der Ausübungsverleihung, eine bestimmte Wirtschaftstätigkeit ausschließlich zukommt. Das (Schornstein)Kehrmonopol ist z.B. ein Privatmonopol. Der Betrieb des Bezirksschornsteinfegermeisters ist ein Handwerksbetrieb. Zwar treten die privat-rechtlichen Wesenszüge

7 Huber, WVR I, S. 66, 479 f.

8 E. Forsthoff, S. 424 ff.

ganz hinter den öffentlich-rechtlichen zurück, und der Schornsteinfegermeister gelangt durch die staatliche Verleihung des Kehrbezirks in eine durch Kehrzwang und Kehrmonopol bestimmte Rechtsstellung des öffentlichen Rechts.⁹ Dies bedeutet aber nur, daß der Staat sehr nachhaltig in diesen Privatbereich eindringt und ihn, wenn auch sehr weitgehend, einer öffentlichen Kontrolle unterwirft. Der Bezirksschornsteinfegermeister übt ein Privatmonopol auf Grund öffentlichen Rechts aus, nicht aber ein staatliches Monopol. Das Beispiel macht deutlich, daß sich die Grenze zwischen den beiden Gruppen nicht immer leicht ziehen läßt. Ob der Staat in einen Wirtschaftsbereich nur regelnd eingreift oder ob er sich ihn vorbehält, um ihn dann wieder den Bürgern zur Ausübung zu überlassen, muß jeweils im Einzelfall geprüft werden. Dabei wird von Bedeutung sein, ob den Bürgern ein subjektiv-öffentliches Recht auf Ausübung der betreffenden Wirtschaftstätigkeit zusteht, sofern sie nur die rechtlichen, subjektiven oder objektiven Anforderungen erfüllen, oder ob es grundsätzlich im freien, wenn auch sachgemäßen, Ermessen des Staates steht, wem er im Einzelfall die private Ausübung einer staatlich monopolisierten Tätigkeit gestatten will.

Die Delegation staatlicher Monopolbefugnisse kann unmittelbar in einem Rechtssatz ausgesprochen werden. So überträgt z.B. § 4 ZMG der Deutschen Zündwaren-Monopol-Gesellschaft die volle Befugnis, das staatliche Zündwarenmonopol auszuüben (= Volldelegation). Davon sind die zahlreichen Fälle zu unterscheiden, in denen die Verwaltung auf Grund einer Rechtsnorm Teilbefugnisse von dem staatlichen Monopol gleichsam abspaltet und privaten Unternehmern zur Ausübung überläßt (= Teildelegation). E. R. Huber spricht in beiden Fällen von Privilegien. Er umschreibt das Privileg als öffentlich-rechtliche Befugnis, kraft deren ein beliehener Unternehmer zu einer wirtschaftlichen Tätigkeit berechtigt sei, die - im Gegensatz zur Konzession¹⁰ - durch Monopol dem Staat vorbehalten, aber durch staatlichen Verleihungsakt zur Ausübung auf ein Privatrechtssubjekt übertragen sei.¹⁰ Als

9 Vgl. vor § 1, VO über das Schornsteinfegerwesen v. 28.7.1937 (RGBl. I, S. 831) und BVerfG NJW 1952, S. 865.

10 Huber, WVR I, S. 548.

Beispiele erwähnt Huber u.a. die Bergbau-, Fernmelde- und Eisenbahnprivilegien ebenso wie die Verkaufsrechte der Zündwarenmonopolgesellschaft.¹¹ Der Ausdruck Privileg mag für die heutige Vorstellung vom Verhältnis des Staates zu seinen Bürgern antiquiert erscheinen; dennoch macht er deutlich, worum es sachlich geht: um die subjektiv-öffentlichen Rechte der beliehenen Unternehmer. Er stellt auf das Innenverhältnis der Beliehenen zum Staat ab. Der Ausdruck Staatsmonopol hingegen gilt im Außenverhältnis des Staates zu den Bürgern. Aus diesem Grund wird hier auch der Begriff "partielles Monopol" vermieden, mit dem Wacke, von dem dieser Ausdruck stammt, die ausschließliche Wirtschaftsbefugnis eines staatlichen Monopolträgers im Verhältnis zu untergeordneten Gebietskörperschaften meint. So spricht Wacke bei dem Vorrecht des Deutschen Reiches gegenüber den Ländern hinsichtlich der Lotteriewaageauspielung auf Grund des Gesetzes für die deutsche Reichslotterie vom 21.12.1938 (RGBl. I, S. 1835) von einem partiellen Staatsmonopol.¹² Im Gebiet der Reichs- (heute Bundes-) und Landeszuständigkeiten dürfte jedoch der Ausdruck Kompetenz richtiger sein.¹³

4. Im verwaltungsrechtlichen Schrifttum wurde wiederholt behauptet, staatliche Monopole seien im Bereich der Stammlande staatlicher Ausschließlichkeitsrechte nicht denkbar.¹⁴ So meint Barschkies, der Begriff Staatsmonopol bedeute in seinem allgemeinen Gehalt "die gesetzliche Herausnahme einer ihrer Natur nach privaten Tätigkeit aus der Freiheitssphäre des Individuums."¹⁵ Ganz ähnlich formuliert auch Schick,¹⁶ und Badura, der sich bisher am ausführlichsten mit diesen Gedanken beschäftigt hat, meint, bestimmte Tätigkeiten seien eben schon "ihrer Natur nach staatlich, d.h. aber dem Staat ausschließlich zu-

11 Huber, WVR I, S. 66 gegenüber S. 548. Huber widerspricht sich. Einmal spricht er von Konzessionen der privaten Eisenbahnen des öffentlichen Verkehrs, ein andermal von Privilegien.

12 Wacke, S. 19.

13 So auch Barschkies, S. 17

14 Ausdruck in Anlehnung an Fleiner, 8. Aufl., S. 342.

15 Barschkies, S. 5.

16 Schick, S. 931: "das Monopol erfaßt eine Tätigkeit im wirtschaftlichen Bereich, die, wäre sie nicht monopolisiert, der freien unternehmerischen Initiative des einzelnen zur Ausübung als Beruf offenstünde."

ommend", so daß sie von der Verwaltung nicht kraft einer Monopolisierung, sondern als aus dem Wesen des Staates selbst entspringend ausgeübt würden.¹⁷ Barschkies und Badura führen aus, staatliche Monopole seien begrifflich nur denkbar in einer Wirtschaftsordnung, die den freien privaten Unternehmer kenne. Befänden sich sämtliche Wirtschaftsbetriebe in staatlicher Hand, dann würde die Gütererzeugung und -verteilung zur staatlichen Verwaltung schlechthin gehören. Staatliche Monopole würden somit im Rahmen des sozialistischen Staatsverständnisses weitgehend hinfällig werden,¹⁸ aber auch in einer freien Wirtschaftsordnung gebe es Tätigkeitsbereiche, die nicht monopolisiert zu werden brauchten, da sie notwendig staatliche Aufgabengebiete seien. Das treffe für die Ordnung des Geldwesens zu, so daß insbesondere das Geldmonopol des Staates, also das Münz- und Notenmonopol, aus dem Begriff Staatsmonopol herauszunehmen sei.¹⁹ Dieser Auffassung vermag sich der Verfasser nicht anzuschließen. Als rechtliche Monopole behalten die Staatsmonopole dem Staat bestimmte Wirtschaftstätigkeiten ausschließlich vor und allein darauf kommt es an. Der Monopolbegriff kann in einem sozialistischen Staat seine Gültigkeit nicht plötzlich verlieren. Dies wäre durch nichts gerechtfertigt. Wirtschaftliche Tätigkeiten sind in einem sozialistischen Staat überwiegend in seiner Hand monopolisiert, während sich ein freiheitlicher Staat nur einzelne Wirtschaftstätigkeiten vorbehält. Der jeweilige Staatsbegriff läßt sich nicht für die inhaltliche Tragweite des Ausdrucks Staatsmonopol verwenden, wie Barschkies und Badura ohne nähere Begründung meinen. Der Inhalt des Ausdrucks wäre dann variabel, bald weit, bald eng, je nach dem zugrunde liegenden Staatsverständnis. Der Monopolbegriff würde seine Eigenständigkeit verlieren. Als wirtschaftliches Ausschlußrecht könnte er nicht mehr allgemein erfaßt werden, sondern nur noch in bezug auf eine freiheitliche Wirtschaftsordnung. Darin liegt aber eine unzulässige Einschränkung. Im Geltungsbereich des Grundgesetzes bestünde überdies die Gefahr, daß bestimmte Wirtschaftstätigkeiten

17 Badura, S. 92.

18 Barschkies, S. 59, Badura, S. 95.

19 Barschkies, S. 11 ff. (13 f.), Badura, S. 95 ff.

von vornherein über den Staatsbegriff den Grundrechtsgewährleistungen entzogen würden. Die Grundrechte würden in unerlaubter Weise relativiert werden. Auch um diese Gefahr abzuwenden, wird man jede Verknüpfung von Staats- und Monopolbegriff ablehnen müssen.

In der Literatur begegnet man zuweilen den Begriffen Rechtsetzungs- oder Gesetzgebungsmonopol und Rechtsprechungs- bzw. Strafmonopol des Staates.²⁰ Richtig ist, daß hier ausschließliche staatliche Befugnisse vorliegen. Trotzdem handelt es sich nicht um Monopole i. S. der vorstehenden Ausführungen; denn Gesetzgebung und Rechtsprechung sind keine Wirtschaftstätigkeiten. Genau wie die staatliche Hoheitsverwaltung sind Gesetzgebung und Rechtsprechung ihrer Natur nach hoheitliche Tätigkeiten. Kein Bürger könnte sie aus eigenem Recht beruflich ausüben, da er sich damit Befugnisse anmaßen würde, die ihm nicht zustehen. Das ist eine Konsequenz aus dem Gleichheitssatz. Wenn wir Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung als ursprüngliche staatliche Domäne aus dem Bereich der Monopole herausnehmen, dann führen wir den Staatsbegriff als Abgrenzungskriterium nicht gleichsam durch die Hintertür wieder ein. Zwar sind die Funktionen der Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung ausschließliche Staatsfunktionen, Hoheitsfunktionen. Gesetze kann grundsätzlich nur der Staat erlassen, nur er kann Recht sprechen und verwalten. Was er aber verwalten darf, ist damit noch nicht gesagt. Ob er bestimmte Wirtschaftsbereiche monopolisieren darf, z. B. die Geldausgabe oder die Stellenvermittlung, ist noch völlig ungewiß. Die materielle Abgrenzung muß erst noch gefunden werden. Maßstab dafür ist die jeweilige Verfassung, in unserem Falle also das Grundgesetz.

5. Von staatlichen Monopolen kann schließlich nur die Rede sein, wenn der Staat eine bestimmte Wirtschaftstätigkeit so an sich zieht, daß er sie auch selbst ausübt bzw. ausüben kann. Dort, wo er nur wirtschaftslenkend eine Privattätigkeit kontrolliert, liegen keine Staatsmonopole vor. So können z. B. die ausschließlichen Befugnisse der Einfuhr- und Vorratsstellen des Bundes nicht als Staatsmonopole

20 Über, S. 42 f. (Gesetzmonopol), Forsthoff, S. 422 (Rechtsetzungsmonopol), vgl. weiter Fleiner, 5. Aufl., S. 319, Schick, S. 932.

gelten.²¹

II. Finanz- und Verwaltungsmonopole.

Nach dem mit der Monopolisierung verfolgten Zweck lassen sich, moderne Sprachgebrauch entsprechend, Finanz- und Verwaltungsmonopole unterscheiden.

1. Das Finanzmonopol stellt eine Berechtigung des Staates "zur ausschließlichen Beschaffung, Herstellung oder Vertreibung bestimmter Erzeugnisse in der Absicht dar, hierbei Gewinn zu erzielen, der über den im Rahmen normaler privatwirtschaftlicher Betätigung zu erreichen - den hinausgeht."²² Das Zündwarenmonopol und das Branntweinmonopol sind Beispiele für staatliche Finanzmonopole.²³

Die ältere verwaltungsrechtliche Literatur begriff unter staatlichen Monopolen meist überhaupt nur die Finanzmonopole.²⁴ Nur an sie dachte z. Otto Mayer, als er den Satz prägte, ein Monopol entstehe, wenn der Staat "ein Verbot an jedermann" erlasse, "die gleichen Leistungen anzubieten wie er".²⁵ Während er noch das Gewicht auf das staatliche Verbot legte und das Monopol im wesentlichen als "öffentlich-rechtlichen Finanzbefehl" bestimmte, ist die heutige Sicht, wie die oben wiedergegebene Begriffsbestimmung erkennen läßt, anders. Sie rückt die staatliche Berechtigung in den Vordergrund. Auch beschränkt man heute das Monopol nicht mehr auf den doch verhältnismäßig engen Bereich der Finanzmonopole, sondern erkennt als ausschließlichen Wirtschaftsbefugnisse, unabhängig von ihrem Zweck, als Monopole an.

Die Finanzmonopole dienen dazu, Einnahmen zu erzielen. Die Gewinnabsicht des Staates steht also im Vordergrund. Häufig wird in der juristischen wie volkswirtschaftlichen Literatur der Begriff Finanzmonopol synonym mit Steuermonopol gebraucht.²⁶ Das erweckt den Anschein, als handele es sich bei den Einnahmen der Finanzmonopole immer um Steuern im Sinne des § 1 RAO. Das trifft indes nicht zu. Beim reinen

21 So auch Barschkies, S. 7, 10, vgl. auch Badura, S. 95 und das parallele Beispiel in BVerwG 3, 21.

22 Diese von Bühler stammende Definition wird heute allgemein anerkannt. Bühler in BK, Art. 105, Anm. II 2 b.

23 Das ist beim Branntweinmonopol umstritten, siehe I. Teil B IV 2 a.

24 Z. B. Otto Mayer, S. 350 f., W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Offenbur 1948, S. 399; ähnlich die ältere Wirtschaftsliteratur, z. B. Weiss, S. 616.

25 O. Mayer, S. 350 f., ihm folgend Jehle, S. 16 ff.

26 Bräuer, Art. "Monopol als Form der Besteuerung" in: Handwörterbuch der Staatswissenschaften, hrsg. von A. Weber, 6. Bd., 4. Aufl., Jena 1925, S. 624, Rump-Wurms, S. 273, Jehle, S. 15 ff.

Finanzmonopol behält sich der Staat eine Tätigkeit ausschließlich vor, um den üblichen Unternehmergewinn zu erzielen, der ohne die Monopolisierung den Privatbetrieben zufließen würde. Die Einnahmen setzen sich also zusammen aus Ersatz der Produktionskosten und dem Unternehmergewinn. Beim reinen Steuermonopol entfällt der Gewinn. Statt dessen erhebt der Staat eine Verbrauchssteuer. Im letzten Fall bestimmen sich die Monopoleinnahmen nach einem festen Abgabensatz, im ersten dagegen wird der Ertrag ohne Zuhilfenahme eines Abgabensatzes bestimmt. Erhebt der Staat neben dem Ersatz der Produktionskosten einen Unternehmergewinn (= Monopolgewinn) und zusätzlich eine Steuer, dann kombiniert er die beiden reinen Formen. Man kann hier von einem Finanzmonopol im weiteren Sinne sprechen. Rump-Wurms bestreiten zwar, daß der Staat gleichzeitig eine Steuer einziehen und einen Monopolgewinn einnehmen könne.²⁷ Ihre Ausführungen überzeugen aber keineswegs. Die Verfasser begründen ihre Ansicht auch nicht.

Nach ihrem sachlichen Umfang können die Finanzmonopole Vollmonopole oder Teilmonopole sein. Im ersten Fall umfassen sie die Gewinnung der Rohstoffe, den Rohstoffhandel, die Veredelung der Rohstoffe und den Groß- und Kleinhandel mit Monopolerzeugnissen. Im zweiten sind sie entweder Erzeugermonopole, sei es, daß sie den ganzen Herstellungsprozeß oder nur einzelne Teile davon umfassen, oder sie sind Handelsmonopole und umschließen den Großhandel oder den Kleinhandel oder gar beide.²⁸

2. Im Gegensatz zu den Finanzmonopolen werden die sog. Verwaltungsmonopole vom Staat hauptsächlich wegen ihres "öffentlichen Zweckes" betrieben. Sie arbeiten höchstens mit dem normalen Unternehmergewinn.²⁹ Man denke z.B. an die Monopole der Post und Eisenbahn. Der öffentliche Zweck ist also der Hauptgrund der Monopolisierung. Der Finanzzweck fällt nicht darunter. Ob ein Verwaltungs- oder Finanzmonopol vorliegt, bestimmt sich danach, welches der überwiegende Zweck ist. Häufig kommt es nämlich vor, daß sowohl öffentliche wie fiskalische Staatsinteressen

27 Rump-Wurms, S. 273.

28 Bräuer, S. 624 (siehe F. 26).

29 Bühler in BK, Art. 105, Anm. II 2 b.

zur Begründung eines Monopols führen. Eheberg ließ es für die Verwaltungsmonopole genügen, daß sie "nicht oder nicht ausschließlich" um der Überschüsse willen, sondern "auch" aus öffentlichem Interesse ausgeübt werden.³⁰ Das kann nicht richtig sein, weil dann auch die Finanzmonopole als Verwaltungsmonopole erscheinen. "Auch" bei ihnen werden häufig öffentliche, nicht fiskalische Zwecke verfolgt, so z.B. ernährungspolitische, produktions-, absatz- und verbrauchslenkende, sozialpolitische und sozialhygienische Zwecke beim Branntweinmonopol.³¹ Richtig kann die Einordnung des Monopols also nur nach dem überwiegen- den, dem Hauptzweck erfolgen.

In der älteren rechtswissenschaftlichen und volkswirtschaftlichen Literatur war der Begriff Verwaltungsmonopol z.T. noch unbekannt. Manche Autoren sprachen hier von sog. "monopoloiden Bildungen", und stellten sie den Finanzmonopolen gegenüber.³² Andere, die über- wiegende Mehrzahl, gebrauchte den Ausdruck Regal. Dieser letztere Sprachgebrauch hat sich weitgehend bis heute erhalten. Da Geltung und Tragweite des Begriffes kontrovers sind, wird gleich noch einiges dazu näher ausgeführt werden müssen. Zuvor soll aber noch kurz auf eine neuere Entwicklung des Ausdrucks "Verwaltungsmonopol" aufmerksam gemacht werden. Badura versteht darunter "die zur Verwirklichung eines bestimmten Verwaltungszwecks zugunsten eines Verwaltungsträgers oder eines Privaten begründete Befugnis, eine bestimmte Tätigkeit über- haupt oder innerhalb eines örtlich begrenzten Bereichs ausschließlich auszuüben". Sowohl die Monopolstellungen, bei denen öffentliche (nicht-fiskalische) Zwecke im Vordergrund stünden, wie auch jene, bei denen Fiskalzwecke vorrangig wären, seien als Verwaltungsmonopole zu betrachten.³³ Also ist der Begriff Verwaltungsmonopol bald enger, bald weiter, je nachdem, ob er die Finanzmonopole ausschließt oder einbezieht. Badura meint, die Verwirklichung eines bestimmten Verwal- tungszweckes sei auch bei den Finanzmonopolen anzutreffen. Dieser einheitliche Gesichtspunkt rechtfertige die Zusammenfassung unter der Bezeichnung Verwaltungsmonopol.³³ Das trifft zu. Wenn hier dennoch

30 K.Th.von Eheberg, Finanzwissenschaft, 18.u.19.Aufl., Leipzig 1922, S.75.

31 Einzelheiten im 2.Teil, III. Unterabschnitt, A II 1.

32 So z.B. Goldschmidt, S.118, Weiss, S.621.

33 Badura, S.86, 90 f.

an der Trennung der beiden Monopolarten festgehalten wird, so nicht im Sinne eines prinzipiellen Unterschieds - der einende übergeordnete Gesichtspunkt wird durchaus gesehen - , sondern aus Gründen der Klarheit. Eine Vermengung klar erfaßbarer Institute, die sich deutlich voneinander abheben lassen, ist gerade im Recht fehl am Platz. Das werden die verfassungsrechtlichen Erwägungen im zweiten Teil der Arbeit noch bestätigen.

III. Staatsmonopole und Staatsregale.

1. Untersucht man den Begriff "Regal", wie er seit Otto Mayer in der Rechtswissenschaft verstanden wird, so stellt man bald eine verschiedenartige Verwendung fest.

a. Für Otto Mayer und Walter Jellinek war der fiskalische Zweck wesentliches Begriffsmerkmal des Monopols. Diejenigen ausschließlichen Befugnisse des Staates, die heute mit dem Begriff Verwaltungsmonopol gemeint sind und die Goldschmidt als "monopoloiden Bildungen" bezeichnete, nannten sie "Regal". So sprachen sie von Postregal, Eisenbahnregal, Münzregal, wobei zu beachten ist, daß für Otto Mayer nicht die Befugnis, sondern das Konkurrenzverbot, der staatliche Befehl, das ausschlaggebende Kennzeichen war.³⁴ Wacke unterscheidet Finanzmonopole, hoheitliche Regale und Wirtschaftsmonopole, faßt also den Regalbegriff enger.³⁵ Er nennt als Beispiele das Münz- und Funkregal des Staates. Für sie seien "hoheitliche Erwägungen" maßgebend. Die Wirtschaftsmonopole hingegen bezweckten vornehmlich "volkswirtschaftliche(r) Stützungsmaßnahmen", wie z.B. das frühere Maismonopol des Maisgesetzes v. 26.3.1930 (RGBl. I, S. 88).³⁶ Auch Turegg gebraucht die von Wacke verwendeten Ausdrücke, jedoch in anderem Sinn. So rechnet er u.a. das Bahn- und Postmonopol zu den Wirtschaftsmonopolen.³⁷ Die Regalien arbeiteten hingegen ohne

34 O. Mayer, S. 350 f., W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Offenburg 1948, S. 399. Gegen Jellinek schon E. R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Tübingen 1932, S. 49 F. 1.

35 Wacke, S. 19.

36 Da Wacke den Ausdruck Wirtschaftsmonopol nicht klar definiert und gegenüber dem Regal abgrenzt, ist sein Einteilungsschema kaum zu verwenden.

37 Turegg, S. 13; zu Unrecht zählte er hierzu auch Lotteriemonopole, vgl. 1. Teil B IV 5 c.

Rücksicht auf wirtschaftliche Verluste und übten allein im öffentlichen Interesse, im Gewand des Gewerbes erscheinende Tätigkeiten aus. Welche Monopoltätigkeiten er darunter versteht, bleibt offen : an Beispielen fehlt es nämlich.

b. Während die bisher vorgeführten Meinungen den Ausdruck "Regal" als selbständigen Gegenbegriff den Finanz- und z.T. auch den Wirtschaftsmonopolen gegenüberstellen, verwenden ihn andere Autoren als selbständigen Oberbegriff für Finanz- und Verwaltungsmonopole oder gebrauchen ihn unterschiedslos neben der Bezeichnung Monopol.³⁸

c. Bei wieder anderen Wissenschaftlern kommt dem Ausdruck Regal nur die Bedeutung eines Unterbegriffs zu. So rechnet Über u.a. die Wirtschaftsmonopole i.S. Wackes und die Regalien zu den Verwaltungsmonopolen.³⁹

2. Die vielfältige Verwendung des Ausdrucks "Regal" in der neueren Verwaltungsrechtswissenschaft zwingt zu einer klaren Stellungnahme. Da der Ausdruck keine Neuschöpfung unserer Zeit ist, sondern aus dem mittelalterlichen Lehnrecht stammt, erscheint ein kurzer historischer Rückblick zur Klärung unerlässlich.⁴⁰

Schon in den Urkunden des Investiturstreits läßt sich der Begriff "Regal" nachweisen.⁴¹ Seine eigentliche Ausprägung erfuhr er jedoch erst in den folgenden Jahrhunderten. Regalien waren im Sinne des mittelalterlichen Rechts die dem König ursprünglich und ausschließlich zustehenden Rechte, die er lehnswise vergeben konnte und deren Summe einen wesentlichen Teil seiner Herrschaftsmacht ausmachte. Später wurden sie Bestandteil der Landeshoheit. Etwa seit der Mitte des 16. Jahrhunderts erfaßte sie die Rechtswissenschaft systematisch in der Regalientheorie und schied sie in *regalia maiora* und *regalia minora*, d.h. in Majestätsrechte und nutzbare Finanzregalien. Wurde bisher

38 Fleiner, 8. Aufl., S. 341 f., Deichmann, S. 203 f., E. R. Huber, WVR I, S. 480, Kruchen, S. 85.

39 Feldmann, Kartelle, Trusts und Monopole im Verhältnis zur Handels- und Gewerbefreiheit, Basel 1931, S. 129 F. 208, Über, S. 153 F. 472.

40 Badura hat jüngst die geschichtliche Entwicklung des Regalbegriffs ausführlich dargestellt, S. 41 ff.

41 Quellen bei Badura, S. 41. Die folgenden Ausführungen im Text stützen sich auf Badura, S. 39-77 und Deichmann, S. 203 f.

die Staatsgewalt als die Zusammenfassung der Regalien verstanden, so wandelte sich jetzt diese Auffassung, indem die Majestätsrechte als aus der einheitlichen staatlichen Herrschaftsmacht ableitbar vorgestellt wurden. Die regalia maiora gingen somit im neuen Staatsbegriff auf. Die regalia minora hingegen beschränkten sich auf sog. nutzbare Finanzregalien. Das waren Rechte, die grundsätzlich auch Privaten überlassen werden konnten, aber zunächst aus fiskalischen Gründen dem Staat vorbehalten waren. So behandelte das Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794 im einzelnen in Titel 15 die Regalien an Land- und Heerstraßen, Strömen, Häfen und Meeresufern, denen das Fischerei-, Zoll-, Post- und Mühlenregal zugerechnet wird, im Titel 16 die Regalien an Erb- und herrenlosen Gütern einschließlich des Jagd- und Bergwerkregals und in Titel 17 als Nutzung der Gerichtsbarkeit das Konfiskations- und das Abzugsregal.⁴² Die neuere Entwicklung seit der Epoche des Absolutismus führte dazu, daß der Staat nicht mehr aus rein finanziellen, sondern vornehmlich aus polizeilichen Gründen und solchen der Daseinsvorsorge die genannten Bereiche der regalia minora verwaltete. Das aber mußte zu einer Entleerung des Begriffs führen. Im 19. Jahrhundert umfaßte er nur noch privatrechtlich aufgefaßte Ausschließlichkeitsrechte des Staates.⁴³ Als Finanzquellen verschwanden die Regalien somit fast völlig. Übrig blieb im wesentlichen nur das Aneignungsrecht des Fiskus für herrenlose Grundstücke (§ 928 II BGB) und das Erbrecht des Fiskus bei erblosen Verlassenschaften (§ 1936 BGB), beides Anfallrechte, die keine Wirtschaftstätigkeit i. S. unserer obigen Definition darstellen.⁴⁴ Wenn der Regalbegriff darüber hinaus dennoch für bestimmte Techniken

42 Deichmann, S. 203 f.

43 So ist der Begriff auch in Art. 155 IV 2 WRV und in Art. 73 EG BGB gemeint.

44 Auch das Bernsteinregal gehört hierher, vgl. Deichmann, S. 205, Badura, S. 158 ff. - Die Polemik Klaus Vogels, S. 71, gegen E. R. Huber, WVRI, S. 480, der das Regal (= Monopol) als öffentliches Recht bezeichnet, ist nur insoweit berechtigt, als Huber auch das Bernsteinregal unter seinen Regalbegriff (= Monopolbegriff) subsumiert. Hubers Regalbegriff ist nicht der Regalbegriff des 19. Jahrhunderts.

staatlicher Sozialgestaltung bis heute beibehalten wurde - so z.B. im Falle des Postregals - oder sogar neu eingeführt wurde, wie im Falle des Telegraphen- oder Eisenbahnregals, so ist das sachlich eigentlich unrichtig, da es der überkommenen Regalitätsvorstellung widerspricht. Zurecht stellt Badura fest, der Begriff des Regals könne im zeigenössischen System des öffentlichen Rechts keinen Erkenntniswert mehr besitzen, da die Rechtsordnung des modernen Wohlfahrts- und Steuerstaats das mittelalterliche Rechtsinstitut Regal nicht mehr kenne, da es mit seiner Staatsidee sogar im Widerspruch stehe und die geschichtliche Kontinuität von dem neu aufgekommenen Verständnis überwogen werde. Der Begriff gehöre daher der Rechtsgeschichte an, nicht aber der modernen Dogmatik.⁴⁵ Aus diesem Grunde soll auch in dieser Arbeit der Terminus "Regal" nicht gebraucht werden.

Wenn man genau hinsieht, betreffen die obenerwähnten Ausführungen eigentlich nur die modernen Verwaltungsmonopole. Nichts anderes gilt aber auch für die Finanzmonopole, deren historische Wurzel in der Wirtschaftsepoche des Merkantilismus, der politisch das Zeitalter des Absolutismus entsprach, zu finden ist. Wurden die merkantilistischen Monopole, z.B. das Salzhandel-, Tabak-, Kaffee- und Lotteriemonopol, als "regale Gewerbe" bezeichnet und mit den ursprünglichen Regalien unter dem Oberbegriff der Regalität zusammengefaßt, so wurden zwei völlig verschiedene Institute miteinander in unzulässiger Weise vermischt. Deshalb erscheint jede Subsumtion der Finanzmonopole unter den Begriff Regal unzulässig.⁴⁶

IV. Systematische Zusammenstellung der gegenwärtig bestehenden staatlichen Monopole.

In dem verwaltungsrechtlichen Schrifttum sind die staatlichen Monopole nur sehr selten systematisch zusammengestellt worden.⁴⁷ Soweit das geschehen ist, sind die Übersichten in der Regel zu eng⁴⁸, sei es daß sie nur beispielhaft einige Monopole vorführen⁴⁹, sei es,

45 Badura, S. 75 f., so schon Barschkies, S. 30.

46 Badura, S. 59 ff.

47 Übersichten findet man nur bei Huber, WVR I, S. 65 f., 488 ff., Barschkies, S. 32, Bachof, Freiheit, S. 202 F. 73, Badura, S. 115 ff.

48 Die einzige Ausnahme bildet die Übersicht bei Badura. Allerdings beabsichtigt Badura keine Zusammenstellung der Staatsmonopole, sondern aller im öffentlichen Recht begründeten Ausschließkeitsrechte.

49 So Bachof, Freiheit, S. 202 F. 173.

daß ihnen ein zu enger Begriff des Staatsmonopols zugrunde liegt.⁵⁰ Deshalb soll hier eine möglichst umfassende Zusammenschau staatlicher Ausschließlichkeitsrechte versucht werden. Methodisch wird dabei wie folgt verfahren: Zunächst werden nur die zur Zeit bestehenden Monopole aufgeführt. Sie werden in Bundes- und Landesmonopole geschieden und sodann weiter in Verwaltungs- und Finanzmonopole - alphabetisch geordnet - unterteilt. Die einzelnen Monopole werden jeweils kurz skizziert. Einige Streitfälle werden im Anschluß an die Zusammenstellung besprochen. Abschließend soll ein kurzer Überblick auch die Gemeindemonopole, die in dieser Arbeit noch gelegentlich berücksichtigt werden, vorstellen.⁵¹

Das gegenwärtige deutsche Recht kennt folgende staatliche Monopole:

1. Verwaltungsmonopole des Bundes.

a. Das Arbeitsvermittlungs-, Berufsberatungs- und Lehrstellenvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung. Rechtsgrundlage sind die §§ 1 und 35 des Gesetzes über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (= AVAVG) in der Fassung vom 3.4.1957 (BGBl. I S. 321). Gemäß § 35 AVAVG dürfen die genannten drei Tätigkeitsbereiche "nur" von der Bundesanstalt betrieben werden.⁵²

50 So die Zusammenstellung bei Barschkies, S. 32. Er kennt nur fünf Staatsmonopole: das Zündwaren-, Branntwein-, Postbeförderungs-, Bahn- und Arbeitsvermittlungsmonopol. Zu eng auch Huber, WVR I, S. 65 f.

51 Auch hier wird die freie privatwirtschaftliche Tätigkeit grundsätzlich ausgeschlossen, weshalb die grundsätzliche verfassungsrechtliche Problematik der Zulässigkeit staatlicher Monopole hier ebenfalls gilt.

52 Draeger in DBS, S. 17, 68: Die BA besitze ein Monopol nur in "institutioneller Beziehung" ("institutionelles Monopol"); Schönefelder in DBS, § 35 Anm. II: "Jedes der aus § 35 sich ergebenden Rechte der BA... wird vielfach ungenau als 'Monopol'... bezeichnet. Das Wort 'Monopol' (griech.: Alleinverkauf) entstammt der Sphäre der Wirtschaft und kennzeichnet in erster Linie ein von der Staatsgewalt abgeleitetes Verkaufs- oder Erzeugungsrecht, im übertragenen Sinne ein auf Grund einer Rechtsetzung zustehendes Alleinrecht. Da kein Zwang zur Benutzung der öffentlichen Arbeitsvermittlung usw. besteht, könnte man selbst im übertragenen Sinne nur von einem monopolähnlichen Charakter sprechen. Davon abgesehen erscheint es nach Art dieser sozialen Aufgaben bedenklich, sie mit einem aus dem Warenverkehr entnommenen Begriff zu identifizieren". Der Begriff "Monopol" sei fehl am Platz. - Wie Draeger und Schönefelder auch Krebs, Kommentar zum Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung, München und Berlin 1957, § 35 RdNr. 4 ("kein Monopol, da hoheitliche

b. Bundesautobahn-Nebenbetriebebaumonopol. § 15 II 1 des Bundesfernstrassengesetzes vom 6.8.1961 (BGBl I, S. 1742) behält dem Bund den Bau der Nebenbetriebe an den Bundesautobahnen vor. Damit ist die Besorgung dieses Tätigkeitsbereichs privaten Unternehmungen versagt.

c. Das Eisenbahnbau - und -betriebsmonopol der Deutschen Bundesbahn nach § 4 II des Allgemeinen Eisenbahngesetzes vom 29.3.1951 (BGBl I, S. 225, ber. S. 438). Entsprechend Art. 87 I 1 GG und § 1 Bundesbahngesetz vom 13.12.1951 (BGBl. I, S. 955) wird die Bundesbahn in bundeseigener Verwaltung mit eigenem Verwaltungsunterbau geführt. Die Bundesbahn ist nicht rechtsfähiges Sondervermögen des Bundes, aber dennoch sehr weitgehend verselbständigt (§ 2 Bundesbahngesetz). § 4 II des Allgemeinen Eisenbahngesetzes schreibt vor, das Recht zum Bau und Betrieb einer öffentlichen Eisenbahn könne "erst" dann von den Ländern oder auf Grund einer Verleihung von Privatunternehmern ausgeübt werden, wenn die Bundesbahn es nicht ausüben will.⁵³

d. Das Fernmeldeanlagenmonopol der Deutschen Bundespost gemäß § 1 des Gesetzes über Fernmeldeanlagen vom 14.1.1928 (RGBl. I, S. 8), in Verbindung mit den Art. 124, 73 Ziff. 7 GG. Die Deutsche Bundespost wird in bundeseigener Verwaltung geführt (Art. 87 I 1 GG). Ihre Rechtsstellung regelt sich u. a. nach dem Gesetz über die Verwaltung der

(Forts. F. 52) Aufgabe, aber keine gewerbsmäßige Betätigung") - Draegers Kennzeichnung des Arbeitsvermittlungs- usw. - monopol als institutionelles Monopol besagt in verfassungsrechtlicher Hinsicht gar nichts. Schönefelder verkennt mit seinem ersten Einwand das Wesen des Monopols. Auf den Benutzungszwang kommt es in keiner Weise an. Allein das Ausschlußrecht ist maßgeblich. Der zweite Einwand ist auch verfehlt. Schönefelder widerspricht sich, bezeichnet er doch im weiteren Sinne als Monopol jedes "auf Grund einer Rechtsetzung zustehende(s) Alleinrecht". Krebs bleibt den Beweis schuldig, daß die Stellenvermittlung eine hoheitliche Aufgabe ist. Richtig Badura, S. 142.

53 Kruchen, S. 87, spricht von einem "rechtlichen Eisenbahnmonopol" in bezug auf § 4 II AEG; ebenso Barschkies, S. 105, 175 und Badura, S. 209 ff. A. A. (ohne Begründung) Hamann, Kom., Art. 105, Anm. B 3 und K. Vogel, S. 70, 74: kein rechtliches, sondern faktisches Monopol, da Verleihung an Private generell und nicht nur ausnahmsweise vorgesehen sei. Klaus Vogel überzeugt nicht. Private haben nämlich keinen Anspruch auf Zulassung zum Betrieb einer Eisenbahn des öffentlichen Verkehrs.

Deutschen Bundespost (Postverwaltungsgesetz) vom 24.7.1953 (BGBl.I, S.676). Danach besitzt die Bundespost zwar keine eigene Rechtspersönlichkeit, sie stellt aber ein besonderes Bundesvermögen dar und ist mit weitgehender Selbständigkeit ausgestattet (§§ 1,4 Postverwaltungsgesetz). Das Recht, Fernmeldeanlagen, nämlich Telegraphenanlagen für die Vermittlung von Nachrichten, Fernsprechanlagen und Funkanlagen, zu errichten und zu betreiben, wird "ausschließlich" von der Post ausgeübt (§ 1 FAG).

e. Das staatliche Geldausgabemonopol gliedert sich in:

aa. Das Notenmonopol der Deutschen Bundesbank. § 14 I 1 des Gesetzes über die Deutsche Bundesbank v. 26.7.1957 (BGBl.I, S.745) weist ihr das "ausschließliche" Recht zur Banknotenausgabe zu. Die Bundesbank ist eine bundesunmittelbare juristische Person des öffentlichen Rechts (§ 2 Satz 1 BBG), und zwar, da sie keine Mitglieder hat, eine Anstalt des öffentlichen Rechts (vgl. Art. 73 Ziff. 4, 88 GG).

bb. Das Münzmonopol des Bundes auf Grund des Gesetzes über die Ausprägung von Scheidemünzen v. 8.7.1950 (BGBl.I, S.323).⁵⁴

f. Das Kernbrennstoff-Verwahrungsmonopol des Bundes nach § 5 des Gesetzes über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren (Atomgesetz) vom 23.12.1959 (BGBl.I, S.814). § 2 II des Gesetzes verbietet grundsätzlich die private Verwahrung: "Niemand" darf Kernbrennstoffe in unmittelbarem Besitz haben.

g. Das Postbeförderungsmonopol der Deutschen Bundespost. § 1 des Gesetzes über das Postwesen vom 28.10.1871 (RGBl. S.347) verbietet insbesondere die Beförderung von Briefen und Zeitungen politischen Inhalts, die wöchentlich mehrfach erscheinen, anders als durch die Post. Für die Post gilt auch hier, was schon weiter oben zum Telegraphenmonopol ausgeführt wurde.

h. Das Schleppmonopol des Bundes. Es wird durch den Bundesschleppbetrieb Münster in der Rechtsform eines kaufmännisch eingerichteten Regiebetriebes geführt. Das Schleppmonopol gilt auf bestimmten künstlichen Wasserstraßen und hat seine Rechtsgrundlage in § 2 der

54 Beck, Kommentar zum Gesetz über die Deutsche Bundesbank, Mainz-Gonsenheim u. Disseldorf 1959, spricht in Anm. 338 zu § 14 BBG von Münz- und Notenregal, da es sich um eine notwendig hoheitliche Tätigkeit handle.

Binnenschiffahrtsstraßen-Ordnung (BGBl.1954 II,S.1137;1955 II,S.4,100) als Anlage der Verordnung zur Einführung der Binnenschiffahrtsstraßen-Ordnung vom 19.12.1954 (BGBl.II,S.1135),in Verbindung mit § 1 I Preuß.Ges.,betreffend das Schleppmonopol auf dem Rhein-Weser-Kanal und dem Lippe-Kanal,vom 30.4.1913 (GS S.217),§ 12 des Ges. betr. die Vollendung des Mittelland-Kanals vom 14.12.1920 (GS 1921,S.67), der VO über die Einführung des Schleppmonopols auf dem Dortmund-Ems-Kanal vom 23.7.1938 (RGBl.II,S.265) und der VO über die Einführung des Schleppmonopols auf der Nordstrecke des Dortmund-Ems-Kanals vom 4.10.1939 (RGBl.II,S.985).Das Schleppmonopol bedeutet die ausschließliche Befugnis des Bundes,auf den genannten Kanälen Fahrzeuge zu schleppen,die nicht mit eigener Triebkraft fahren.Das Monopol verfolgt Verwaltungszwecke,nämlich den Schutz der Kanalbauten und die Gewährleistung eines reibungslosen Verkehrs auf den Kanälen.⁵⁵

i. Das Spielbankmonopol.§ 1 des Gesetzes über die Zulassung öffentlicher Spielbanken vom 14.7.1933 (RGBl.I,S.480) gestattet unter bestimmten Voraussetzungen den Betrieb "öffentlicher Spielbanken". Soweit solche nach § 1 zugelassen sind,findet u.a. das Gesetz betreffend die Schließung und Beschränkung der öffentlichen Spielbanken,vom 1.7.1868 (BGBl.des Norddeutschen Bundes S.367) keine Anwendung (§ 2).Das ältere Gesetz verfügte in § 1 : "Öffentliche Spielbanken dürfen weder konzessioniert noch geduldet werden".Eine klare Monopolnorm enthalten die beiden Gesetze nicht;aus § 1 des Gesetzes vom 1.7.1868 kann aber mit einem argumentum a maiore ad minus gefolgert werden:Wenn schon öffentliche Spielbanken grundsätzlich verboten sein sollen,dann sind private erst recht unzulässig.Die Sinn-deutung des § 1 unterstützt die Schlußfolgerung.Da Spielbanken ein Anreiz sind,die Spielleidenschaft im Menschen zu fördern,diese Eigenschaft aber sittlich negativ zu werten ist,und da das "Spielen" zu einer Gefährdung der öffentlichen Ordnung führen kann,sollen die

55 Badura,S.115 f. A.A. Fleiner,8.Aufl.,S.343,Anm.8 u.S.434,Anm.52, Hue de Grais-Peters,Handbuch der Verfassung und Verwaltung in Preußen und im Deutschen Reich,23.Aufl.,Berlin 1926,S.716 F.31, Wacke,S.19 f. Die abweichende Auffassung traf bei Begründung des Schleppmonopols zu.Heute stehen die genannten Verwaltungsmotive im Vordergrund.

Staatsbürger diese Tätigkeit nicht ausüben. Dies darf, wenn überhaupt, nur der Staat. Das Spielbankmonopol ist ein Verwaltungsmonopol. Dafür sprechen die im Vordergrund stehenden polizeilichen Gesichtspunkte. Aus § 1 II des Gesetzes vom 14.7.1933 läßt sich das gleiche Ergebnis ableiten. Danach ist das Aufkommen aus den Spielergebnissen der öffentlichen Spielbanken grundsätzlich für gemeinnützige Zwecke zu verwenden. Fiskalische Interessen verfolgt der Staat also nicht.

2. Finanzmonopole des Bundes.

a. Das Branntweinmonopol des Bundes gemäß dem Gesetz über das Branntweinmonopol vom 8.4.1922 (RGBl. I, S. 33^f/405). Nach § 1 des BMG umfaßt das Branntweinmonopol 1. die Übernahme des im Monopolgebiet hergestellten Branntweins aus den Brennereien, 2. die Herstellung von Branntwein aus Stoffen der im § 21 Nr. 2 bezeichneten Art, d. h. aus bestimmten Monopolstoffen, die in Privatbetrieben nicht als Ausgangsstoffe für die Branntweinherstellung verwandt werden dürfen, 3. die Einfuhr von Branntwein aus dem Ausland, 4. die Reinigung von Branntwein und 5. die Verwertung von Branntwein und den Branntweinhandel. Monopolnormen enthalten die §§ 3, 22, 29, 58, 87 und 99 BMG. Das Branntweinmonopol ist kein Voll-, sondern ein Teilmonopol, und zwar im wesentlichen ein Groß- und Zwischenhandelsmonopol. Nach Art. 124, 105 I GG ist das alte Reichsmonopol Bundesmonopol geworden. Es wird auf Grund des Gesetzes über die Errichtung der Bundesmonopolverwaltung für Branntwein vom 8.8.1951 (BGBl. I, S. 491) von der Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, die ihren Sitz gegenwärtig in Offenbach am Main hat, verwaltet (vgl. § 1 des Ges. i. Verb. mit § 4 BMG). In der Literatur wird das Branntweinmonopol allgemein als Finanzmonopol angesehen. Rump-Wurms bezeichnen es hingegen als ein öffentlich-rechtliches Monopol mit wirtschaftspolitischen Zielsetzungen. Es liege kein Finanzmonopol vor, da die Hektolitereinnahme als Verbrauchssteuer zu qualifizieren sei. Zu Unrecht streiten sie der Monopolverwaltung das Recht ab, den Warenpreis so festzusetzen, daß ein Monopolgewinn darin enthalten ist (vgl. § 5 BMG). Ihre Ansicht wird in der Literatur zutreffend abgelehnt.⁵⁶ Das Branntweinmonopol ist ein Finanz- und

⁵⁶ Rump-Wurms, S. 273 f., ablehnend Walther, ZfZ 1951, S. 274 f., Hoppe-Heinrich, § 5. Anm. 3 a; § 85, Anm. 1. Der BGH (BGHZ 27, 382 ff. (390)) entscheidet sich nicht, läßt vielmehr offen, ob das Branntweinmonopol ein Finanzmonopol oder ein Monopol mit wirtschaftlichen Zielsetzungen ist.

Steuermonopol.

b. Das Zündwarenmonopol. Gesetzliche Grundlage ist das Zündwarenmonopolgesetz vom 29.1.1930 (RGBl. I, S. 11). Das Monopol steht nach § 1 ZMG in Verbindung mit Art. 124, 105 I GG der Bundesrepublik Deutschland zu und umfaßt die Übernahme aller im Monopolgebiet hergestellten Zündwaren von den Produzenten und deren unmittelbare Weiterveräußerung (Bezugsmonopol), die Einfuhr von Zündwaren in das Monopolgebiet (Einfuhrmonopol) sowie die Ausfuhr (Ausfuhrmonopol) (§ 2 ZMG).⁵⁷ Es ist also ein Zwischenhandelsmonopol. Das Zündwarenmonopol wird von der Deutschen Zündwaren-Monopol-Gesellschaft ausgeübt (§ 4 ZMG). Die DZMG ist eine in privatrechtlicher Form verfaßte Gesellschaft eigenen Rechts. Für sie gelten im wesentlichen aktienrechtliche Vorschriften. Sie stellt eine Mischung öffentlicher Zielsetzung und privater Formen dar. Claussen bezeichnet sie als "Organisation mit Teilhoheitscharakter", E. R. Huber als "einen mit Hoheitsfunktionen beliehenen ... privatrechtlichen Verband".⁵⁸ Neben dem von der DZMG ausgeübten staatlichen Zwischenhandelsmonopol besteht kein Privatherstellerm monopol der (privaten) Zündholzfabrikanten. Diese haben vielmehr ausschließliche Gewerbeberechtigungen.⁵⁹

3. Verwaltungsmonopole der Länder:⁶⁰

a. Die Bergbaumonopole.

aa. Gemäß § 2 des Allgemeinen Berggesetzes für die Preussischen Staaten vom 24.6.1865 (GS S. 705)⁶¹ ist das Recht zur Aufsuchung und Gewinnung von Steinkohle, von Steinsalz, sowie von Kali-, Magnesia- und Borsalzen einschließlich der mit diesen Salzen auf derselben Lagerstätte vorkommenden sonstigen Salze und Solquellen, von Braunkohle und Eisenerzen, ausgenommen die Raseneisenerze, dem Staat vor-

57 Der BFH (BStBl. 1954 III, S. 141 ff. (144)) und Huber, Der Streit um das Zündwarenmonopol, JZ 1954, S. 375 zitieren zu Unrecht Art. 125; vgl. arg. aus Art. 104. - Definition der Zündwaren in § 2 III ZMG.

58 Claussen, S. 52, Huber, WVR I, S. 279, ähnlich Stödter, Zündwarenmonopol, S. 68.

59 So aber Stödter, Zündwarenmonopol, S. 122. Richtig Claussen, S. 50 f.

60 Die gesetzlichen Quellen sind im folg. nur beispielhaft gedacht, also werden nicht alle landesgesetzlichen Quellen aufgezählt.

61 Das ehemals preussische Bergrecht, insbesondere das ABG, galt nicht innerhalb einer oder mehrerer Besatzungszonen einheitlich (Art. 125 Ziff. 1 GG), so daß es seit Inkrafttreten des GG Landesrecht geworden ist.

behalten. Im Geltungsbereich des Grundgesetzes gilt das ABG in den Regierungsbezirken Koblenz, Trier und Montabaur als Landesrecht auch heute noch.

bb. Gleiches gilt für das Erdölgesetz vom 12.5.1934 i. d. F. vom 24.9.1937 (GS S.93) und der Erdölverordnung vom 13.12.1934 i. d. F. vom 24.9.1937 (GS S.93). Hiernach steht dem Staat das alleinige Recht zur Aufsuchung und Gewinnung von Erdöl einschließlich Erdgas, Erdwachs, Asphalt und bitumenhaltiger Gesteine zu.

cc. Ebenso besteht nach dem Phosphoritgesetz vom 16.10.1934 i. d. F. vom 24. Sept. 1937 (GS. S.93) ein Staatsmonopol zur Aufsuchung und Gewinnung bestimmter Bodenschätze, nämlich phosphorhaltiger Mineralien und Gesteine.

b. Die Brandversicherungsmonopole (= Feuerversicherungsmonopole) der öffentlich-rechtlichen Brandversicherungsanstalten. Zwei Gestaltungsformen sind hier anzutreffen, der Versicherungszwang und das Versicherungsmonopol (= Bannrecht). In beiden Fällen liegt ein Monopol vor. Beim Versicherungszwang muß die Versicherung genommen und zugleich mit einer bestimmten Versicherungsanstalt abgeschlossen werden. Beim Bannrecht ist die Versicherung zwar freiwillig, wenn sie aber genommen wird, dann ist der Versicherungsabschluß einer bestimmten Anstalt vorbehalten.

Als Beispiel sei hier das Monopol der Nassauischen Brandversicherungsanstalt mit Sitz in Wiesbaden genannt. § 2 ihrer Satzung vom 10.10.1955 (BAnz. Nr. 247 vom 22.12.1955, S. 14 ff.; am 1.1.1956 in Kraft getreten) bestimmt in den Absätzen zwei bis vier:

(II) " Die Eigentümer der mit Pfandrechten belasteten Gebäude im Gebiet des vormaligen Herzogtums Nassau ... sind zur Versicherung zum vollen Werte bei der Brandversicherungsanstalt verpflichtet. Versicherungspflicht besteht ferner innerhalb des in Satz 1 bezeichneten Gebietes für Gebäude, welche bevormundeten Personen oder milden Stiftungen oder Korporationen gehören (Nassauisches Edikt vom 15./ 17. 3. 1808 - VOS Bd. 1, S. 176 - und Preußisches Gesetz vom 26. 3. 1886 - GS S. 53 -). "

(III) " Die Versicherung der Gebäude im früher nassauischen Teil des Geschäftsgebietes bei einer anderen Versicherungsunternehmung ist nach dem nassauischen Edikt vom 27. 5. 1834, § 1 - VOBl. S. 38 - und der Regierungsverordnung vom 5. 9. 1857, § 2 - VOBl. S. 180 - nur dann gestattet, wenn die Aufnahme in die Nassauische Brandversicherungsanstalt von dem Direktor der Anstalt abgelehnt worden ist. (§ 3 Ziff. 6). "

(IV) " Soweit Versicherungszwang und Versicherungsmonopol besteht, ist eine Versicherung bei anderen Versicherungsunternehmen unzulässig, es sei denn, die Anstalt habe von ihrem Ablehnungsrecht gemäß § 10 FSG Gebrauch gemacht!"

Rechtsgrundlage für den Erlass des Satzung ist das Preußische Gesetz betreffend die öffentlichen Feuerversicherungsanstalten (FSG) vom 5.9.1910((GS S.241), vgl.§§ 3 I, 15 I FSG).⁶²

c. Das Rundfunkmonopol. Es darf nicht mit dem Fernmeldemonopol verwechselt werden, dessen Grundlage die beschränkte Anzahl der vorhandenen Sendefrequenzen ist. Das Rundfunkmonopol betrifft die ausschließliche Befugnis, Rundfunksendungen zu gestalten, also nicht die Übermittlung, sondern den Inhalt der Sendungen. Gemäß § 3 I des Staatsvertrages über den Norddeutschen Rundfunk vom 16.2.1955 (seit 16.5.1955 in Kraft, vgl. Bek. v. 25.6.1955, Nds. GVBl., S. 205) und kraft Art. 3 Satz 1 der VO Nr. 187 der französischen Militärregierung über die Errichtung des Südwestfunks vom 30.8.1948 (Journal Off. S. 1756) bzw. § 4 des Staatsvertrages über den Südwestfunk vom 27.8.1951/29.2.1952 bestehen im Geltungsbereich der Verträge solche Monopole öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten.

4. Finanzmonopole der Länder.

Hier wäre allein das Sportwettmonopol gemäß § 1 des saarländischen Gesetzes vom 8.7.1951 zu nennen. In den meisten Bundesländern ist das Sportwettwesen jedoch der freien privaten Betätigung zugänglich. So können z.B. in Rheinland-Pfalz nach § 1 I des Landesgesetzes über Sportwetten (Sportwettgesetz) vom 11.8.1949 (GVBl. S. 337) Wetten für öffentliche Sportwettspiele und für öffentliche Sportrennen durch das Land oder durch Wettunternehmer, die der Minister für Finanzen und Wiederaufbau zugelassen hat, veranstaltet werden.⁶³ Allerdings steht es im Ermessen des Staates, wann er Privatunternehmen zuläßt. Abs. II des § 1 bestimmt nämlich: "Die Zulassung von Wettunternehmen kann unter Bedingungen und Auflagen erfolgen und jederzeit beschränkt oder widerrufen werden".⁶⁴

62 In einem ausführlichen Rechtsgutachten hat Peter Schneider jüngst die formelle und materielle Verfassungsmäßigkeit des § 2 II - IV der genannten Satzung überprüft (und bejaht).

63 Vgl. auch das nds. Ges. über Sportwetten vom 23.3.1949 (VOBl. S. 48).

64 Das Rennwett- und Lotteriegesetz vom 8.4.1922 (RGBl. I, S. 393) begründet kein staatliches Monopol für Sportwetten, vgl. §§ 1 und 2 des Gesetzes.

5. Streitfragen.

a. E.R. Huber bezeichnet das preußische Bernsteinmonopol⁶⁵, das ausschließliche Recht des Staates zur Aufsuchung und Gewinnung von Bernstein, als öffentlich-rechtliches Staatsmonopol.⁶⁵ Badura hat nachgewiesen, daß das Bernsteinmonopol zivilrechtlicher Natur ist und auf gleicher Stufe steht mit dem staatlichen Aneignungsrecht für derelinquierte Grundstücke und erblose Verlassenschaften.⁶⁶ Deshalb fällt das Bernsteinmonopol nicht unter die obenerwähnten öffentlich-rechtlichen Staatsmonopole.

b. Ebenfalls reiht Huber die sog. landwirtschaftlichen Einfuhrmonopole unter die Staatsmonopole ein.⁶⁷ Er denkt an folgende staatlichen Ausschließlichkeitsrechte: 1. das Getreide-Einfuhrmonopol gemäß dem Getreidegesetz vom 4.11.1950 (BGBl. I, S. 721) i. d. F. vom 24.11.1951 (BGBl. I, S. 900), 2. das Zucker-Einfuhrmonopol nach dem Zuckergesetz vom 5.1.1951 (BGBl. I, S. 47), 3. das Fett-Einfuhrmonopol auf Grund des Milch- und Fettgesetzes vom 28.2.1951 (BGBl. I, S. 135) i. d. F. vom 10.12.1952 (BGBl. I, S. 811) und 4. das Vieh- und Fleisch-Einfuhrmonopol entsprechend dem Vieh- und Fleischgesetz vom 25.4.1951 (BGBl. I, S. 272). Diese vier im wesentlichen gleich strukturierten Gesetze weisen den Einfuhr- und Vorratsstellen, Anstalten des öffentlichen Rechts, die ausschließliche Befugnis zu, die genannten landwirtschaftlichen Produkte einzuführen. Damit ist aber kein staatliches Importmonopol in dem Sinne geschaffen, daß die Einfuhrstellen selbst die Einfuhr durchführten. Diese Tätigkeit steht den Privatunternehmern auch weiterhin offen. Vielmehr handelt es sich um Importkontrollrechte: Die Einfuhranstalten haben ein Übernahmerecht gegenüber allen Einführern. Auf diese Weise können sie Preis- und Absatzmenge der erwähnten landwirtschaftlichen Produkte regulieren. Dem dienen u. a. die öffentlich-rechtliche Anbietungspflicht der Einführer, das öffentlich-rechtliche Übernahmerecht der Anstalten und das öffentlich-rechtliche Absatz-, Verarbeitungs- und Verwertungsverbot zu Lasten der Importeure im Falle der Nichtübernahme. Die staatlichen Einfuhrkontrollrechte sind keine Monopole,

65 Huber, WVR I, S. 488; Bernsteinmonopol auf Grund des preußischen Gesetzes vom 22.2.1867 (GS S. 272).

66 Badura, S. 158 ff.

67 Huber, WVR I, S. 516.

da die Einfuhr (= Wirtschaftstätigkeit) nicht allein vom Staat besorgt wird. Dieser Tätigkeitsbereich steht vielmehr der privaten Wirtschaft offen.

c. Gelegentlich wird auch von einem staatlichen Lotteriemonopol gesprochen.⁶⁸ Die gegenwärtig in der Bundesrepublik bestehenden staatlichen Lotteriestellen haben aber keine rechtlichen Monopole.⁶⁹ Schon § 1 des Gesetzes über die Deutsche Reichs-Lotterie vom 21.12.1938 (RGBl. I, S. 1835) bestimmte, daß "von allen Gebietskörperschaften" allein das Reich berechtigt sein sollte, öffentliche Lotterien und Auspielungen zu veranstalten. Damit wurden die öffentlichen Lotterien aber lediglich in der Hand des Reiches konzentriert, was zugleich eine Kompetenzentscheidung im Verhältnis zwischen Reich und Ländern bedeutete. Private Lotterien waren und sind gesetzlich nicht verboten.

d. Bachof hat auf dem Gebiet des Schulwesens, insbesondere des Volksschulwesens von einem "mindestens" teilweisen Monopol gesprochen, "da die wirtschaftlichen Voraussetzungen einer Konkurrenz von Privatschulen in aller Regel fehlen".⁷⁰ Dem muß widersprochen werden. Das Grundgesetz gewährleistet in Art. 7 IV 1 ausdrücklich das "Recht zur Errichtung von privaten Schulen" und erwähnt in Abs. V ganz klar die "private Volksschule". Von einem Ausschlußrecht kann angesichts des subjektiv-öffentlichen Rechts der Bürger auf Errichtung von Privatschulen keine Rede sein.⁷¹

e. Damit wären die Streitpunkte erörtert. Zu ergänzen wäre noch, daß das deutsche Recht kein Staatsmonopol auf dem Gebiet der Luftbeförderung kennt.⁷² Vielmehr gestattet das Luftverkehrsgesetz i. d. F. vom 10.1.1959 (BGBl. I, S. 9), wie § 20 I erkennen läßt, private Luftfahrtunternehmen.

6. Kommunalmonopole.

a. Im Bereich der Selbstverwaltung der Gemeinden sind kommunale Ausschlußstellungen auf Grund eines Anschluß- und Benutzungszwanges von besonderer Wichtigkeit. So heißt es z. B. im 1. Teil des Selbst-

68 Bachof, Freiheit, S. 202 F. 173.

69 Badura, S. 223. Dort auch Gesetzesquellen.

70 Bachof, Freiheit, S. 202 F. 173.

71 Wie hier Uber, S. 157 F. 488.

72 Gimbel, S. 19 F. 2, K. Vogel, S. 122.

Verwaltungsgesetzes für Rheinland-Pfalz i.d.F. vom 5.10.1954 (GVBl. S.117) in § 22 I : "Die Gemeinde kann bei dringendem öffentlichen Bedürfnis durch Satzung ... für die Grundstücke ihres Gebiets den Anschluß an Wasserleitung, Kanalisation, Müllabfuhr, Straßenreinigung und ähnliche der Volksgesundheit dienende Einrichtungen (Anschlußzwang) und die Benutzung dieser Einrichtungen und der Schlachthöfe (Benutzungszwang) vorschreiben." Daß das Konkurrenzverbot hier nur die mittelbare Folge des Monopolzwangs, nämlich der Benutzungspflicht durch die Gemeindeglieder ist, wurde schon gesagt. In welcher Form die Gemeinde die der Volksgesundheit dienenden Einrichtungen führt, ob als Regiebetrieb oder als Anstalt, bleibt für die Monopolstellung gleich. Es ist aber zu beachten, daß die Gemeindeordnungen nur dann einen Benutzungszwang kommunaler Einrichtungen zulassen, wenn damit der "Volksgesundheit" gedient ist.

b. Im Gebiet der Auftragsverwaltung ist das Feuerbestattungsmonopol gemäß den §§ 7 , 8 des Gesetzes über die Feuerbestattung vom 15.5.1934 (RGBl. I, S. 380) von Bedeutung. "Nur" Gemeinden darf hiernach vornehmlich die Genehmigung zur Errichtung einer Feuerbestattungsanlage erteilt werden.

c. Das Tierkörperbeseitigungsmonopol, auch Abdeckereimonopol genannt, auf Grund der §§ 3 I , 5 I und 16 I des Tierkörperbeseitigungsgesetzes vom 1.2.1939 (RGBl. I, S. 187). Tierkörper und Tierkörperteile sind vorbehaltlich bestimmter Ausnahmen (§ 4 des Gesetzes) in "Tierkörperbeseitigungsanstalten" unschädlich zu beseitigen (§ 3I). Diese Aufgabe obliegt den Stadt- und Landkreisen (§ 5 I). Ausdrücklich wird mit Gefängnis bis zu einem Jahr und/ oder mit Geldstrafe bestraft, wer § 3 I zuwiderhandelt, wer also außerhalb der Tierkörperbeseitigungsanstalten Tiere beseitigt (§ 16 I). Diese Vorschrift zeigt in klarer Weise, daß hier ein Monopol vorliegt.

Zweiter Teil

Die Zulässigkeitsvoraussetzungen staatlicher Monopole im Grundgesetz

I. Abschnitt

Die Zulässigkeitsvoraussetzungen im Bereich der Grundrechtsordnung

I. Unterabschnitt : Vorüberlegungen zur Legitimationsgrundlage, zur Art und Weise der Verfassungsinterpretation und zur Wirtschaftsverfassung.

I. Die Legitimationsgrundlage.

1. Die Übersicht am Ende des ersten Teil dieser Arbeit zeigt, in wie vielgestaltiger Weise sich Staat und Gemeinden monopolistisch betätigen und so die Freiheit der Bürger beeinträchtigen. Unsere Aufgabe besteht nun darin, die noch weitgehend ungeklärte Frage zu beantworten, ob und ggf. wann staatliche Monopole mit dem Grundgesetz zu vereinbaren sind. Nicht darauf kommt es an, ob die zur Zeit vorhandenen Staatsmonopole mit der Verfassung im Einklang stehen, sondern es geht ganz allgemein um die Zulässigkeitsvoraussetzungen staatlicher Monopole im Grundgesetz. Eine induktive Zusammenschau der gegenwärtigen Staatsmonopole würde dem Thema nicht gerecht werden. Sie wäre einerseits zu weitläufig und würde andererseits die wichtige Frage der Zulässigkeit zukünftiger staatlicher Ausschlußrechte nicht berücksichtigen. Darum versuchen wir, unter Loslösung von besonderen Monopolstellungen, die Zulässigkeitsvoraussetzungen, und zwar zunächst im Bereich der Grundrechtsordnung, in abstracto zu ermitteln, um so gleichsam Obersätze zu gewinnen, aus denen dann Erkenntnisse für die Zulässigkeit jedes einzelnen, gegenwärtigen wie zukünftigen, staatlichen Monopols deduktiv gewonnen werden können. An einige staatliche Monopole sollen die gefundenen abstrakten Voraussetzungen sodann als Maßstab angelegt werden, um so ihre Brauchbarkeit zu erweisen.

und zugleich durch die Anschauung am konkreten Fall die gefundenen Ergebnisse plastischer hervorzukehren.

2. Die staatlichen Monopole greifen weitgehend in verfassungsrechtlich garantierte wirtschaftliche Freiheitsrechte ein.¹ Der Ausschluß privater Konkurrenz trifft zunächst in besonders starkem Maße alle die Bürger, die bisher die jetzt dem Staat vorbehaltene Tätigkeit selbständig ausübten, darüber hinaus aber auch alle übrigen Staatsbürger. Niemand darf in Zukunft mehr die monopolisierte Tätigkeit vornehmen. Art. 12 I 1 wird eingeschränkt. Diejenigen Bürger, die bisher eine von nun ab verbotene gewerbliche Tätigkeit besorgten, werden überdies in ihrem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb betroffen (Art. 14 I 1). Der Umfang dieser Beeinträchtigung ist verschieden, je nachdem, ob die gesamte Tätigkeit oder nur ein Teil untersagt wird. Falls diese Bürger als Arbeitgeber unselbständige Arbeitnehmer in ihren Betrieben beschäftigen, verlieren diese im Falle einer Monopolisierung u.U. ihre Arbeitsplätze, die Art. 12 I schützt. Gleichzeitig mit der Berufsfreiheit hebt die Monopolisierung in ihrem Bereich die Wettbewerbsfreiheit auf. Sie beschränkt sodann die Vertragsfreiheit der Bürger, die fortan nicht mehr mit privaten Gewerbetreibenden kontrahieren, ihren Vertragspartner nicht mehr frei auswählen können, vielmehr allein auf den Monopolisten Staat angewiesen sind.

3. Darf der Staat nun trotz dieser weitreichenden Eingriffe in die Freiheitsrechte einen Wirtschaftsbereich monopolisieren? Die Frage leitet über zu dem Problem der Bindung der staatlichen Gewalt an die Grundrechte.

a. Der Bundesgesetzgeber darf nur unter Beachtung der Grundrechte staatliche Monopole einführen. Die Grundrechte binden ihn als "unmittelbar geltendes Recht".² Art. 1 III, der diese Aussage enthält

1 Zum Begriff "Wettbewerbsfreiheit": Huber, WVR I, S. 646.

2 Auch der Verfassungsgesetzgeber ist an die Grundrechte gebunden: Art. 79 III. Das ist bedeutsam für die Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen Monopolnormen in das Grundgesetz aufgenommen werden dürfen. Die vorliegende Arbeit befaßt sich damit nicht.

und damit die Grundrechte zu subjektiven öffentlichen Rechten "aktualisiert" (Dirig), beseitigt die Selbstherrlichkeit des Gesetzgebers. Es gilt der Grundsatz der "Verfassungsmäßigkeit des Gesetzgebung" (Uber) oder - wie Krüger die heutige Verfassungslage kennzeichnete - der Satz, daß "Gesetze nur im Rahmen der Grundrechte" möglich sind.³ Aus Art. 20 III GG läßt sich das gleiche Ergebnis ableiten. Die Gesetzgebung ist danach an die "verfassungsmäßige Ordnung" gebunden. Dazu gehört auch die Grundrechtsordnung. - Ebenso wie die Bundesgesetzgebung sind auch die Träger der vollziehenden Gewalt bei der abgeleiteten Rechtsetzung grundrechtsgebunden (Art. 1 III). Wir verstehen mit Dirig die Begriffe Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung in Art. 1 III formal, meinen also die Organe (vgl. Art. 20 II), nicht aber die Funktionen, die ja nicht Anspruchsgegner der Grundrechte sein können.⁴ Auch die Organe der unmittelbaren oder mittelbaren Staatsverwaltung haben demgemäß bei der Setzung abgeleiteter, d.h. auf ein förmliches Gesetz rückführbarer, Rechtsnormen die Grundrechte zu beachten, so daß Monopolnormen in Rechtsverordnungen und Satzungen nur in diesen Grenzen gesetzt werden dürfen. Zum gleichen Ergebnis führt Art. 20 III, der nicht nur die Gesetzgebung, sondern auch die vollziehende Gewalt, obwohl dies nicht ausdrücklich gesagt wird, an die verfassungsmäßige Ordnung, mithin an die Grundrechte, bindet.⁵ Die gleiche Schlußfolgerung läßt sich auch daraus ableiten, daß die vollziehende Gewalt an Gesetz und Recht gebunden ist (Art. 20 III, 80 I). Sie darf nur auf der Grundlage eines Gesetzes im formellen Sinn, also eines Parlamentsgesetzes, das selbst die Grundrechte zu beachten hat, Rechtssetzungsakte vornehmen. Dieser sog. Vorbehalt des Gesetzes ist zwar ein wichtiger Bestandteil des in Art. 20 III niedergelegten Gesetzmäßigkeitsgrundsatzes,⁶ erschöpft ihn jedoch keineswegs. Vielmehr enthält er auch noch den sog. Vorrang des Gesetzes als weiteren Bestandteil. Dieser Grundsatz besagt, daß eine Vollzugsmaßnahme, die sich auf ein Gesetz zurückführen läßt, nicht gegen andere Gesetze oder Rechtsätze also auch nicht gegen die Grundrechte verstoßen darf.

3 Uber, S. 42 f., Krüger, Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz, DVBl. 1950, S. 626.

4 Dirig in MD, Art. 1 III, RdNr. 101.

5 Maunz-Dirig, Art. 20, RdNr. 85.

6 A.A. Maunz in MD, Art. 20, RdNr. 128.

b. Nicht nur die Organe des Bundes, sondern auch die der Länder haben die Grundrechte zu beachten. Daß sich Art. 1 III auch an die Länderstaatsgewalten in ihren drei Erscheinungsformen richtet, macht Art. 31 GG unbezweifelbar.⁷ Dort wird nämlich gesagt, daß Bundesrecht, also auch Bundesverfassungsrecht, Landesrecht bricht, ihm also mit der Wirkung vorgeht, daß das schwächere Landesrecht nicht in Kraft tritt oder bleibt. Folglich müssen die Rechtsetzungsorgane der Länder an die Grundrechte gebunden sein. Unter Landesrecht sind alle Rechtssätze objektiven Rechts zu verstehen, die von einem Land ausgehen, insbesondere also Landesverfassungsrecht, einfaches Landesrecht und Landesverordnungsrecht.

c. Alle Träger staatlicher Gewalt (vgl. Art. 1 I 2) haben also beim Erlass von Monopolnormen die Grundrechte zu beachten.⁸ Rechtssätze, die einen Wirtschaftsbereich der privaten Ausübung versperren und dem Staat vorbehalten, sind folglich verfassungswidrig, wenn sie die bei den einzelnen betroffenen Grundrechten gezogene Grenze zwischen Freiheitssphäre und Staatsbereich überschreiten. Das gilt aber nicht nur für nachkonstitutionelle, sondern gemäß Art. 123 I auch für alle vorkonstitutionellen Rechtssätze. Nur soweit sie dem Grundgesetz nicht widersprechen, soweit sie also mit den Grundrechten zu vereinbaren sind, gelten Monopolnormen nach der materiell-rechtlichen Grundsatzaussage in Art. 123 I fort. Älteres Recht hingegen, das nur den Formvorschriften, insbesondere des Art. 19 I, widerspricht, berührt die Gültigkeit hingegen nicht.⁹

II. Methode der Grundrechtsinterpretation.

1. Da die staatlichen Monopole an den Grundrechten zu messen sind, taucht sogleich die Frage auf, wie diese denn eigentlich auszulegen seien, mit Hilfe welcher Interpretationsmethode die Grenze zwischen Freiheit und Bindung zu ermitteln sei. Zwei Gründe gestatten, schon

7. Dürig in MD, Art. 1 III, RdNr. 100 (F. 2).

8. Mit Recht stellt Hamann fest (Kom., vor Art. 1, Anm. 2), daß die Grundrechte auch dort gelten, wo der Staat "rechtliche ... Monopole" hat; vgl. für das Schweizer Recht: Marti, Die Handels- und Gewerbefreiheit nach den neuen Wirtschaftsartikeln, Bern 1950, S. 214: "Monopole, die unter keinen Vorbehalt der Verfassung fallen, sind wegen Verletzung der Handels- und Gewerbefreiheit verfassungswidrig." (zit. nach Stödter, Zündwarenmonopol, S. 52).

9. Hamann, Kom., Art. 123, Anm. B 4.

an dieser Stelle darüber einiges zu sagen: Zunächst werden auf diese Weise Wiederholungen bei der Exegese der einzelnen Grundrechte vermieden. Sodann gibt es in der verfassungsrechtlichen Literatur durchaus verschiedene Auffassungen zu den methodischen Problemen der Verfassungsauslegung. Überdies weicht die Interpretation des Grundgesetzes nicht unerheblich von der herkömmlichen Methode, wie sie insbesondere im Zivilrecht entwickelt wurde, ab.¹⁰ Gerade deshalb ist es geboten, schon hier zu klären, welcher methodische Weg bei den späteren Untersuchungen beschritten werden soll. Die Ausführungen sollen sich aber nicht im rein Formalen erschöpfen, sondern - in nuce - darüber hinaus auch eine Vorstellung davon vermitteln, wie das Verhältnis von Freiheit und Bindung im Grundgesetz prinzipiell bestimmt ist. Erst auf diesem Hintergrund gewinnen die späteren Untersuchungen Farbe, werden sie doch gleichsam in eine Gesamtschau der Verfassung eingebettet. Manche moderne Grundrechtsabhandlung wäre verständlicher, würde sie nur diesen allgemeinen Rahmen, die Grundvorstellung von dem Ausmaß bürgerlicher Freiheit und staatlicher Eingriffsmöglichkeit, in wenigen, aber klaren Strichen umreißen.

2. Mit dem BVerfG wird als maßgebend für die Auslegung der Grundrechtsvorschriften der in ihnen zum Ausdruck kommende "objektivierte Wille des Gesetzgebers" erkannt, so wie er sich aus dem "Wortlaut" der Verfassungsbestimmungen und dem "Sinnzusammenhang" ergibt, in den diese hineingestellt sind (= objektive Methode).¹¹ Wortinterpretation, grammatische, systematische und teleologische Interpretation sind die wichtigen Auslegungsmittel. Dagegen ist die genetische Auslegung - also der Rückgriff auf die Entstehungsgeschichte - nur von sekundärer Bedeutung, nämlich insoweit, als sie die Richtigkeit einer nach den angegebenen Grundsätzen ermittelten Auslegung bestätigt oder Zweifel ausräumt, die auf dem angegebenen Weg allein nicht behoben werden können.¹¹ Von nur geringer Wichtigkeit ist die historische Interpretation wegen des grundsätzlichen Wandels des deutschen Verfassungsrechts seit der Weimarer Verfassung.¹²

10 Schon hier ist Rings, S. 657, ausdrücklich zu widersprechen. Er meint, die im Zivilrecht entwickelten Methoden der Auslegung gälten auch im Verfassungsrecht.

11 BVerfG 1, 299 ff. (312).

12 Maunz, Staatsrecht, S. 50, Hamann, Kom., Einführung I E.

Die Verfassungsauslegung und hier insbesondere die Deutung der Grundrechte unterscheidet sich wesentlich darin von der herkömmlichen Interpretationsweise, daß sie in erster Linie Sinninterpretation ist und zu diesem Zweck besonders auf den Sinnzusammenhang, in dem eine Verfassungsvorschrift im System der Verfassung erscheint, abstellt.¹³ Zivier hat in seiner Dissertation über den Wesensgehalt der Grundrechte ausführlich dargelegt, wie die Grundrechte methodisch richtig sinngemäß zu interpretieren sind.¹⁴ Hier ist nicht der Ort, seine Überlegungen zu referieren. In der später folgenden Grundrechtsexegese werden wir Ziviers Methode jedoch zugrunde legen.

3. Zum grundsätzlichen Verständnis der Freiheit und ihrer Bindung sind hier noch einige materielle Erwägungen vonnöten. Die Methodenfrage, ob die Freiheitssätze und die Vorbehaltssätze der Grundrechtsnormen weit oder eng auszulegen seien, zeigt, worum es sachlich geht. Bachof hat sich grundsätzlich für eine "broad interpretation" des Grundgesetzes ausgesprochen.¹⁵ Richtig dürfte das jedoch nur sein mit Bezug auf die Freiheitssätze, nicht aber im Hinblick auf die Vorbehaltssätze der Grundrechtsnormen.¹⁶ Dies aus folgenden Gründen:

a. Wenn die Verfassung die Würde des Menschen als "unantastbar" bezeichnet, sie als höchsten Wert postuliert, dann erscheint die Verknüpfung mit "unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten" als unabweisbar zwingende Folge. Denn wie könnte man von Würde sprechen, ohne den Menschen, ihren Träger - der "Mensch ist kraft seines Geistes, der ihn abhebt von der unpersönlichen Natur und ihn aus eigener Entscheidung dazu befähigt, seiner selbst bewußt zu werden, sich selbst zu bestimmen und sich und die Umwelt zu gestalten" ¹⁷ - als ein grundsätzlich freies Wesen zu erfassen? Und wie könnte man weiter von Menschenwürde sprechen, ohne gleichzeitig alle Menschen in gleicher Weise als frei anzusehen? Sind aber

13 Krüger, S. 269 f. (vgl. auch S. 305) weist für Art. 1^{er} darauf hin, seine Auslegung müsse mehr als je "Sinninterpretation" sein. Maunz, S. 52, spricht von einer "sinngemäßen Entfaltung" der Verfassungssätze. Vgl. auch Scheuner, Intervention, S. 60.

14 Zivier, S. 75 ff., vgl. auch Peter Schneider, Nochmals Verfassungswidrigkeit, S. 43 ff.

15 Bachof, VVDStRL, Heft 12, Berlin 1954, S. 54.

16 Maunz-Dürig, Art. 20, RdNr. 68, folgen Bachof; kritisch Hamann, Komm., Einführung I E.

17 Dürig in MD, Art. 1 I, RdNr. 18.

Freiheit und Gleichheit um der Menschenwürde willen als Höchstwerte zu erfassen, dann folgt daraus für die Auslegung der Grundrechte (Freiheitssätze), soweit sie von der Verfassung rezipierte, "unverletzliche und unveräußerliche Menschenrechte" sind, daß sie von vorn herein weit ausgelegt werden müssen. In Übereinstimmung mit Übermeinen wir, daß die Freiheitsrechte des Individuums "an sich unbegrenzt zu denken" sind.¹⁸ Diese Vorstellung, die keineswegs als überspitzte liberalistische Deutung des Grundgesetzes mißverstanden werden darf, da noch völlig offen ist, wie weit dem Gemeinwohl über die Vorbehaltssätze Eingang zu verschaffen ist, findet man in der verfassungsrechtlichen Literatur leider nur allzu selten. Die moderne Anschauung versteht die Grundrechte (Freiheitssätze) überwiegend als von vornherein irgendwie begrenzt. Das wird an anderer Stelle dieser Arbeit noch ausführlich dargelegt werden.¹⁹ Hier sei nur an die Vorstellung von den "immanenten Schranken" erinnert, die seit längerer Zeit in der verfassungsrechtlichen Literatur herumgeistert, um zu zeigen was wir meinen.

b. Jede Deutung der Freiheitssätze wird also von der Vorstellung einer grundsätzlich unbegrenzten Freiheitssphäre auszugehen haben. Dem steht eine begrenzte Staatssphäre gegenüber. Das moderne demokratische Staatsbewußtsein ist nicht ein Bewußtsein vom Staat als Herrschaftsordnung, wie es der traditionellen deutschen Staatsidee zugrunde lag. Der Staat wird in der heutigen Staatslehre nicht mehr als ein jenseits des Staatsvolkes in einsamer Erhabenheit thronendes Herrschaftssubjekt vorgestellt. Der heutige Staat hat zwar auch noch das Alleinrecht physischer Gewaltsamkeit inne und ist die souveräne Instanz in Fragen der Rechtsetzung und Rechtsanwendung (Max Weber). Indes wird es nötig sein - und darauf weist Sonthheimer m.E. zutreffend hin - den traditionellen Staatsbegriff, "demzufolge der Staat als eine über allen gesellschaftlichen Gruppen stehende, sie ordnende und sie gestaltende souveräne Willensmacht, als autohomes Herrschaftssubjekt, als Garant der Sittlichkeit verstanden wurde", durch den in unserer Verfassung ausgesprochenen Gedanken der "freiheitlich-

18 Über, S. 22, 53.

19 Siehe 2. Teil, II. Unterabschnitt A III.

demokratischen Grundordnung" zu ersetzen.²⁰ Das BVerfG hat dazu ausgeführt, dieser Ordnung liege die Vorstellung zugrunde, daß der Mensch in der Schöpfungsordnung einen eigenen, selbständigen Wert besitze und Freiheit und Gleichheit dauernde Grundwerte der staatlichen Einheit seien. Die Grundordnung sei eine wertgebundene Ordnung und das Gegenteil des totalen Staates, der Menschenwürde, Freiheit und Gleichheit ablehne.²¹ Die Vorrangstellung der Grundrechte in unserer Verfassung, ihre Sicht als unverletzliche und unveräußerliche vorverfassungsmäßige Rechte führen zu der Erkenntnis, daß der Staat des Grundgesetzes den Menschen, die ihn tragen, zu dienen hat. Darum ist die Staatssphäre grundsätzlich begrenzt. Wenn die Vorbehaltsätze es dem Staat ermöglichen, in die Freiheitsrechte einzugreifen, um so dem bonum commune Rechnung zu tragen, so doch nur mit der Maßgabe, daß der Gesetzgeber unter Wahrung der Freiheit ihre Grenzen festlegt.²² Die Freiheit ist im Grundgesetz die Regel, ihre Beschränkung jedoch die Ausnahme. Die Freiheit ist zweckfrei, ihre Einschränkung hingegen zweckbegrenzt. Daraus aber folgt für die Auslegung der Vorbehaltsätze das Gebot der restriktiven Interpretation.

c. Der Gesetzgeber darf in die Freiheitsrechte nur zum Schutz höherer Gemeinschaftsinteressen eingreifen. Hier ist im Einzelfall eine Abwägung zwischen der individuellen Freiheit und den Gemeinschaftsinteressen vorzunehmen. Die Tatsache, daß der Staat in bestimmten Grenzen die Grundrechte beschränken darf, macht deutlich, daß das Grundgesetz keinem einseitigen Individualismus oder Kollektivismus huldigt, sondern sich auf der mittleren Linie des "Personalismus" (Dürig) hält.²³ Über spricht hier sehr plastisch von der "Gemeinschaftsbezogenheit der Grundrechte" und meint, irgendwann hätten die an sich unbegrenzt zu denkenden Grundrechte eine Kollision

20 Kurt Sonthheimer, Hat es einen Sinn, dem Staat zu dienen ?, FAZ vom 19.2.1964, Nr. 42, S. 11 f.

21 BVerfG 2, S. 1 ff.; vgl. auch BVerfG 6, S. 32 ff.

22 Peter Schneider, In dubio, S. 281

23 Zum Menschenbild des GG vgl. BVerfG 4, S. 7 ff. (15 f.) : "Das Menschenbild des GG ist nicht das eines isolierten souveränen Individuums; das GG hat vielmehr die Spannung Individuum-Gemeinschaft i. S. der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten." Vgl. weiter Fechner, Die soziologische Grenze der Grundrechte, Tübingen 1954, S. 28 f.

mit den ebenfalls unbegrenzten Freiheitsrechten der anderen Individuen zu befürchten. Da die Grundrechte hier also selbst gefährdet seien, nehme sich die Gemeinschaft als die Zusammenfassung aller Individuen der Grundrechte in dieser Gefahrenstufe an und regele unter Beachtung der Freiheit die Kollisionssphäre. Die Gemeinschaftssphäre sei Grenzbereich innerhalb der Freiheitssphäre.²⁴ Das dürfte richtig gesehen sein. Indes muß Über widersprochen werden wenn er die Gesetzesvorbehalte nicht als "Einschränkungen, sondern als Ausgestaltung der Gemeinschaftsbezogenheit der Grundrechte" betrachtet.²⁴ In dieser Vorstellung liegt eine gewisse Widersprüchlichkeit zu der an anderer Stelle von ihm vertretenen - und hier für richtig befundenen - Ansicht, die Freiheitsrechte seien an sich unbegrenzt zu denken. Die Meinung, daß die Gesetzesvorbehalte nur die Freiheitsrechte in ihrer Grenzsphäre ausgestalten, ist deshalb abzulehnen, weil sie in bedenkliche Nähe der sog. Immanenzlehre rückt, von der noch zu sprechen sein wird.

In die Freiheitsrechte darf zum Schutz höherwertiger Gemeinschaftsinteressen nur dann eingegriffen werden, wenn erwiesen ist, daß die Menschen aller Wahrscheinlichkeit nach in der Freiheit das Gemeinwohl gefährden. Es streitet eine Ausgangsvermutung zugunsten des Menschen dafür, daß er in aller Regel rechtmäßig handelt, also ein Verhalten an den Tag legt, "welches die Grundgebote einer freiheitlichen Verfassungsordnung, vorab die Rechte anderer und das Gemeinwohl respektiert".²⁵ Unter dem Begriff "in dubio pro libertate" befaßte sich in der Literatur zuerst Über mit dem Gedanken einer individualfreundlichen Auslegung des Grundgesetzes. Er sieht die grundrechtlichen Freiheiten als "unverletzlichen Teil des Naturzustandes des Individuums" an. Die Normierung der Grundrechte beseitige die natürlichen Freiheitsrechte nicht, sondern trete als Rechtsquelle nur insoweit an deren Stelle, als sie von dem Wortlaut der positiven Normen gedeckt würden. Soweit es jedoch in den Grundrechten an einer näheren Bestimmung und Begrenzung der prinzipiellen naturrechtlichen Grundlagen fehle, bleibe "die naturrechtlich fundierte

24 Über, S. 53 ff., 58.

25 P. Schneider, In dubio, S. 269 F. 27, S. 289.

Freiheit des Individuums letzte Rechtsquelle und oberster Auslegungssatz". Im Zweifel sei daher, "entsprechend dem naturrechtlichen Grundgehalt, zugunsten der Freiheit des Individuums zu entscheiden : In dubio pro libertate." ²⁶ Jellinek und Hamann schlossen sich Über ausdrücklich an. ²⁷ Dirig leitet eine "Ausgangsvermutung zugunsten des Menschen" über Art.1 I GG aus den vorstaatlichen Menschenrechten ab. ²⁸ Ausführlich hat sich indes erst Peter Schneider in seinen Schriften mit den Problemen befasst, die in dem Satz "in dubio pro libertate" beschlossen liegen. ²⁹ Er hat u.a. die Unterscheidung zwischen Rechtsvermutung und Tatsachenvermutung herausgearbeitet. In seiner Abhandlung "Prinzipien der Verfassungsinterpretation" entwickelt er diese Gedanken fort: Im Kant'schen Autonomiegebot, dem Postulat der Freiheit und der Achtung vor der Freiheit des anderen, erblickt er einen Leitsatz der Verfassungsinterpretation, "im Wandel der eine Verfassung tragenden Überzeugungen, das Gesollte vom Lichtgesollten zu sondern, und das woraufhin Interpretation geschehen soll, zu bestimmen." ³⁰ Gerade die Verfassungsinterpretation, so könnte man meinen, beruhe doch stark auf "Wollungen, Meinungen, Gefühlen, subjektiven Wertungen, die hingenommen, auf ihre Begründetheit jedoch nicht kontrolliert werden können", da die Verfassung als politisches Manifest weitgehend der Konkretisierung entbehre. ³¹ Dem ist aber keineswegs so und es ist zu begrüßen, dass in der gegenwärtigen Diskussion die Auffassung vertreten wird, die alle Verfassungsauslegung an einem Satz materialer Gerechtigkeit ausrichtet, einem Leitsatz, der die meist vergänglichen positiven Verfassungsnormen überdauert. Zu dem Postulat der Freiheit und der Achtung vor der Freiheit des anderen als Interpretationsleitsatz führt Peter Schneider folgende Gedanken näher aus: Ob der Mensch in der Lage sei, sich selbst zu bestimmen und ob er in Achtung

26 Über, S.24 ff.

27 Jellinek, DÖV 1952, S.383; Hamann, Kom., Einf. I E; im gleichen Sinne Maunz, S.97.

28 Dirig in LD, Art.1 I, RdNr.15; vgl. auch BVerfG 6, S.42: "Grundsätzliche(n) Freiheitsvermutung des Art.2 Abs.1 GG."

29 Insbesondere in: In dubio pro libertate.

30 P.Schneider, Prinzipien, S.23 f.

31 P.Schneider, Prinzipien, S.51.

des anderen Menschen sich verhalte, könne im Sinne der theoretischen Erkenntnis nicht ausgemittelt werden. Die Annahme, dass er es sei, entspringe einem Sollen, einem Postulat der praktischen Vernunft, einem solchen, dessen Denknöwendigkeit sich daraus erhellte, dass mit ihm die Möglichkeit, den Menschen als geistiges Wesen zu erfassen, stehe und falle. Da es nicht erweislich sei, ob der Mensch sich dem genannten Grundgebot zuwider oder gemäss verhalten werde, habe er sich auf die doppelte Möglichkeit einzustellen, indem er sich an der positiven orientiere, aber mit der negativen rechne. Die Vermutung zugunsten der positiven Möglichkeit verknüpfe Norm und Wirklichkeit.³² Für die Auslegung einer freiheitlich-rechtsstaatlichen Verfassung, wie sie das Grundgesetz inauguriert, leitet P. Schneider daraus u. a. das Gebot ab, das Verhältnis zwischen Freiheitsgewährungen und Freiheitsbeschränkungen i. S. der Ausgangsvermutung zugunsten der Freiheit auszu legen.

Die vorliegende Arbeit baut im folgenden auf den Überlegungen Peter Schneiders auf. Sie überzeugen in ihrer Klarheit. Das oberste Konstitutionsprinzip des GG, der Satz von der unantastbaren Menschenwürde in Art. 1 I, wäre eigentlich sinnlos, wenn der Mensch nicht grundsätzlich (i. S. von regelmässig) als freies Wesen erkannt würde, das sich in der Regel auch rechtmässig verhält. Die Verfassung selbst zeigt an, dass die Freiheitsrechte im Zweifel, nämlich dann, wenn sich nicht erweisen lässt, ob der Mensch sich rechtswidrig verhält, zugunsten der Freiheit ausgelegt werden müssen.

III. Wirtschaftsverfassung und staatliche Monopole.

1. Bevor wir die staatlichen Monopole an Hand der Grundrechte überprüfen und so unseren Blick auf einige wenige Normen der Verfassung richten, müssen wir noch klären, welche Vorstellung von der Ordnung der Wirtschaft dem Grundgesetz insgesamt zugrunde liegt. Es könnte sein, dass die Verfassung ein nationalökonomisch reines Denkmodell i. S. der Freiburger Schule, also z. B. das Modell der reinen Marktwirtschaft, rezipiert hätte. Daraus liesse sich für die Zulässigkeit staatlicher Monopole ableiten, dass staatswirtschaftliche Alleinstellungen grundsätzlich verfassungswidrig wären und allenfalls unter

32 P. Schneider, Prinzipien, S. 24 ff.

sehr eng zu fassenden Voraussetzungen zugelassen werden könnten. Umgekehrt würde die Annahme, das Grundgesetz ließe eine Zentralverwaltungswirtschaft zu, den Schluß zulassen, daß staatliche Monopole in sehr weitem Umfang begründet werden könnten. In methodischer Hinsicht geht es um die Gewinnung eines Auslegungsleitsatzes für die Grundrechtserregung aus einer Gesamtschau des Grundgesetzes. Damit stellen wir die Frage nach der Wirtschaftsverfassung.

2. Dieser Ausdruck ist erst in der Weimarer Epoche in die Rechtswissenschaft eingegangen.³³ Seine begrifflichen Probleme sind noch kaum untersucht.³⁴ Da der Begriff "Wirtschaftsverfassung" im folgenden von grundlegender Bedeutung sein wird, erscheint eine terminologische Klarstellung unerlässlich.

a. Im volkswirtschaftlichen Sinn kennzeichnet der Ausdruck einen bestimmten faktischen Ordnungszustand und ist gleichbedeutend mit der Bezeichnung "Wirtschaftsordnung".³⁵ Er meint das tatsächliche Wirtschaftsgefüge, wie es in einer bestimmten politischen Gemeinschaft zu einer bestimmten Zeit besteht.

b. In der Rechtswissenschaft meint der Terminus "Wirtschaftsverfassung" ein in sich geschlossenes System von Normen auf dem Gebiet der Wirtschaft, also nicht den tatsächlich vorhandenen wirtschaftlichen Gesamtzusammenhang, sondern seine normative Festlegung, "die rechtliche Grundordnung eines staatlich organisierten Verbandes, insoweit sie sich auf den Gesamtzusammenhang der ökonomischen Güter, Kräfte und Einrichtungen bezieht."³⁶ In diesem Sinne wird der Begriff bald weit, bald eng ausgelegt.

aa. Der weite Sprachgebrauch der h.L. versteht darunter alle die Rechtssätze, die für die Regelung des Wirtschaftsbereichs von grundlegender Bedeutung sind, mithin den "Inbegriff von Rechtssätzen, die Organisation und Ablauf der Volkswirtschaft grundsätzlich und dauernd bestimmen".³⁷

33 Reissmüller, S. 3.

34 Vgl. die Abhandlungen von Ballerstedt, Reissmüller und Feldhaus, Wesen und Bedeutung der Wirtschaftsverfassung, Diss. Köln, 1956.

35 Eucken, Die Grundlagen der Nationalökonomie, 6. Aufl., Berlin-Göttingen-Heidelberg 1950, S. 238.

36 E. R. Huber, WVR I, S. 23.

37 Scheuner, Intervention, S. 18 f., Feldhaus, Wesen und Bedeutung der Wirtschaftsverfassung, Diss. Köln 1956, S. 17.

bb. Im Gegensatz dazu steht ein engerer Sprachgebrauch. So spricht z.B. Hamann von Wirtschaftsverfassungsrecht als demjenigen "Bestand an Einzelsätzen unseres Verfassungsrechts, in denen die Grundlegungen unserer Rechtsordnung speziell für den wirtschaftlichen Bereich (des einzelnen wie der Gesamtheit) verankert und konkretisiert sind".³⁸ Dabei ist es unerheblich, ob die Verfassung einen gesonderten die Wirtschaft betreffenden Abschnitt enthält oder nicht. So wäre es unrichtig, wollte man behaupten, das GG kenne deswegen keine Wirtschaftsverfassung, weil es im Gegensatz zur Weimarer Verfassung von 1919 keinen geschlossenen Abschnitt von Wirtschaftsnormen enthält. Das Wirtschaftsverfassungsrecht kann nämlich auch in einzelnen, nur äußerlich zusammenhängenden Garantie-, Kompetenz- und Organisationsnormen enthalten sein. Andererseits - und darauf hat Reissmiller zurecht mit Nachdruck hingewiesen - genügt es nicht, daß in der Staatsverfassung überhaupt irgendwelche Normen enthalten sind, die das Wirtschaftsleben betreffen. Von einer Wirtschaftsordnung kann nur im Falle einer Gesamtordnung des Wirtschaftsprozesses gesprochen werden, "wo also die charakteristischen Elemente des Wirtschaftslebens - insbesondere die Eigentumsordnung, die Gütererzeugung, das Ausmaß und die Schranken wirtschaftlicher Verfügungsmacht der Unternehmer, die Bildung und der Tätigkeitsbereich wirtschaftlicher Gruppen und Verbände, die Rechtsstellung der Arbeitnehmer und die Grenzen der staatlichen Einwirkung auf die Wirtschaft - in einem bestimmten, eindeutigen Sinn verfassungsmäßig festgelegt sind."³⁹

Gegen die formelle Begriffsbildung haben Ballerstedt und Badura Bedenken erhoben,⁴⁰ Sie überzeugen jedoch keineswegs. Wenn Ballerstedt meint, die Wirtschaftsverfassung würde, falls man sie als materiellen Teil der Staatsverfassung betrachte, um so ärmer, je weniger der Staat lenkend oder durch die Errichtung von Berufs- und Wirtschaftsständen oder gemeinwirtschaftlichen Gebilden in den Wirtschaftsablauf eingreife, so dürfte der Gehalt der Wirtschaftsverfassung zu einseitig vom staatlichen Interventionsstandpunkt aus bestimmt sein. Der Verfasser übersieht, daß es einzig und allein darauf

³⁸ Hamann, WVR, S. 13.

³⁹ Reissmiller, S. 8.

⁴⁰ Ballerstedt, S. 4 f.; Badura, S. 317 f.

ankommt, ob die Grundzüge einer bestimmten wirtschaftlichen Ordnungskonzeption verfassungsrechtlich verankert sind, gleichgültig ob der Staat in weitem Umfang wirtschaftlich intervenieren darf oder nicht. Badura wendet ein, der formelle Begriff "Wirtschaftsverfassung" zerreiße in ungerechtfertigter Weise die Einheit der politischen Verfassung als der Gesamtordnung des Gemeinwesens, umkleide weiterhin den Status quo der Wirtschaftsordnung mit der Würde und Bestandsfestigkeit des Verfassungsrechts und fessele schließlich die wirtschaftspolitische Aktivität des Gesetzgebers i. S. des liberalen Staatsverständnisses. Jedoch ist kaum vorstellbar, wie die Einheit der politischen Verfassung ungerechtfertigt zerrissen werden soll, wenn unter sachlichen Gesichtspunkten aus der Staatsverfassung als der gesamten Sozialverfassung ein Teil, nämlich die Wirtschaftsverfassung, herausgenommen und zum Gegenstand gesonderter wirtschaftsrechtlicher Untersuchung gemacht wird. Die beiden weiteren Einwände Baduras erscheinen völlig aus der Luft gegriffen. Man kann doch nicht den formellen Begriff "Wirtschaftsverfassung" deswegen ablehnen, weil er geeignet sei den Status quo mit der Würde und Bestandsfestigkeit des Verfassungsrechts zu umkleiden. Das trifft zunächst überhaupt nicht immer zu. So kann eine neue Staatsverfassung z. B. mit der Wirtschaftsvorstellung der Vergangenheit brechen. Soweit es aber zutrifft, erscheint Baduras Einwand sinnlos, da ein verfassungsmäßiger Zustand auch an der Würde und Bestandsfestigkeit des Verfassungsrechts teilhaben soll. Ob die Wirtschaftsverfassung schließlich die wirtschaftspolitische Aktivität des Gesetzgebers fesselt, läßt sich nicht allgemein sagen. Sollte sie es tun, so wäre das verfassungsmäßig. Die antiliberale Spitze bei Badura ist unverständlich. - In dieser Arbeit wird der formelle Begriff "Wirtschaftsverfassung" zugrunde gelegt.

3. In Rechtsprechung und Literatur werden im wesentlichen vier Auffassungen zum Thema "Grundgesetz und Wirtschaftsverfassung" vertreten.

a. H. C. Nipperdey verfißt schon seit langem die These, das Grundgesetz enthalte eine institutionelle Garantie der sozialen Marktwirtschaft, die durch die Lehren des Neoliberalismus geistig vorbe-

reitet und unterstützt sei.⁴¹ Folgende wichtige Grundsätze prägen die soziale Marktwirtschaft. Es gelte das Prinzip des freien wirtschaftlichen Wettbewerbs, das von Staats wegen garantiert und somit als Ordnungsprinzip auch für die Unternehmer selbst statuiert werde. Staatseingriffe in den Wirtschaftsablauf seien an die in der Verfassung selbst vorgesehenen strengen Grenzen gebunden und i. d. R. nur als marktkonforme Eingriffe zulässig. Schließlich ergäben sich aus dem Sozialstaatsprinzip des GG von vornherein unmittelbare Grenzen der Freiheit des einzelnen im Interesse des sozialen Ausgleichs, wie auch ein Maßstab für Eingriffe des Staates in den Wirtschaftsablauf. Nipperdeys Vorstellung von der grundgesetzlichen Gewährleistung der sozialen Marktwirtschaft leitet sich aus einer Gesamtschau zwölf wichtiger Verfassungssätze ab, nämlich dem Prinzip der freiheitlichen demokratischen Grundordnung (Art. 18, 21 II), dem Recht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 I) - insbesondere der Wettbewerbs-, Konsum- und Vertragsfreiheit - und den Rechten auf Berufs- und Arbeitsfreiheit (Art. 12 I), Vereinigungsfreiheit (Art. 9 I), Eigentum und Erbrecht (Art. 14) und der Freiheitsrechte aus den Artikeln 2 II 2, 5 I II, 8, 10, 11, 13 und 17. An elfter Stelle führt Nipperdey das Sozialstaatsprinzip auf (Art. 20 I, 28 I) und an zwölfter den Grundsatz, daß die Wettbewerbsfreiheit den Vorrang vor der Vertragsfreiheit habe.

Nipperdey hat in Rechtsprechung und Literatur kaum Gefolge gefunden.⁴² Sowohl die systematische als auch die genetische Interpretation des Grundgesetzes bestätigen, daß Nipperdey nicht recht haben kann. Der Parlamentarische Rat hat auf die Setzung einer Wirtschaftsverfassung "mit Rücksicht auf die gegenwärtige Ungewißheit über alle künftige wirtschaftliche und kulturelle Entwicklung zunächst bewußt verzichtet" und die Regelung der Sozialordnung der Zukunft überlassen.⁴³ Folgte man Nipperdey, so hieße das sowohl den Willen der SPD-Abgeordneten als auch den der CDU-Abgeordneten des Parlamentarischen Rates verfälschen.⁴⁴ Erstere wollten bei der Zu-

41 H.C. Nipperdey, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, 2. Aufl., Köln-Berlin-München-Bonn, 1961; vgl. zur Wettbewerbswirtschaft die fesselnde Schrift von F. Böhm, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Tübingen 1950.

42 Nipperdey folgen nur : Zweigert, DVB1. 1958 S. 626, Thieme, S. 281.

43 H.v. Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz. Kommentar zum GG, Berlin und Frankfurt 1953, S. 35, 94.

44 E.R. Huber, DÖV 1966, S. 97; F. Haussmann, Übermaß und Mitte in der sozialen Marktwirtschaft, BB 1954, S. 813.

stimmung zum GG bestimmt nicht eine ihren damaligen Vorstellungen doch sehr liberale wirtschaftliche Konzeption verfassungsrechtlich sanktionieren; aber auch die letzteren wollten sich nicht eindeutig festlegen und so ihren politischen Handlungsspielraum für die Zukunft einengen. In systematischer Hinsicht läßt sich mit Hamann gegen die These von der sozialen Marktwirtschaftsverfassung einwenden, daß die von Nipperdey genannten zwölf Grundsätze sich auch in einer anders gestalteten, z.B. in einer gemäßigten Lenkungswirtschaft oder einer rein liberalen Wirtschaftsordnung durchaus verwirklichen ließen.⁴⁵ Darauf wird noch zurückzukommen sein. Zutreffend ist von E.R. Huber sodann darauf hingewiesen worden, daß Nipperdey zu einseitig die Freiheitsverbürgungen des GG betrachtet und ihren Schranken zu wenig Aufmerksamkeit schenkt, Art. 15 sogar gänzlich übergeht. Wenn Huber darüber hinaus meint, die soziale Marktwirtschaft könne nicht, wie Nipperdey es wolle, als dritte Ordnung zwischen den reinen Modellen der Zentralverwaltungswirtschaft und der freien Wettbewerbswirtschaft angesehen werden, da es in Nipperdeys Vorstellung von der sozialen Marktwirtschaft an der Gleichgewichtigkeit von Freiheit und Bindung fehle, so ist ihm zu widersprechen. Es gibt nämlich, wie Huber selbst in seinem System wirtschaftsverfassungsrechtlicher Haupttypen nachweist, eine Vielzahl von Zwischenformen zwischen den reinen nationalökonomischen Modellen.⁴⁶ Schließlich ist noch folgendes zu bedenken: Es läßt sich kaum mit den Prinzipien der sozialen Marktwirtschaft vereinbaren, daß der Staat wirtschaftliche Monopole ausübt. Die Konsequenz wäre, daß das GG - hätte es wirklich die soziale Marktwirtschaft rezipiert - staatliche Monopole grundsätzlich für unzulässig erklären müßte. Das ist in einer ausdrücklichen Vorschrift aber nirgendwo geschehen. Im Gegenteil, die Art. 105 ff. sprechen sogar ganz klar von Finanzmonopolen. Hier sollen noch keine Ergebnisse der weiteren Untersuchungen in dieser Arbeit vorweggenommen werden. Trotzdem darf schon die allgemeine Behauptung gewagt werden, daß das

45 Hamann, Kom., Einf. I A 6.

46 E.R. Huber, DÖV 19⁶⁶, S. 101; System wirtschaftsverfassungsrechtlicher Haupttypen in: WVR I, S. 31 ff.

GG staatliche Monopole nicht völlig ausschließt. Aus den Art. 105 ff. und aus dem Schweigen zu den überkommenen Monopolen läßt sich dieses noch undifferenzierte Ergebnis ableiten.⁴⁷

b. E. R. Huber sprach sich wiederholt für eine grundgesetzliche Garantie der gemischten Wirtschaftsverfassung aus.⁴⁸ Dirig, Haussmann, Rappers und andere schlossen sich ihm an.⁴⁹ Huber meint, das GG habe durch eine Vielzahl von Einzelbestimmungen eine in sich geschlossene Konzeption des Wirtschafts- und Sozialverfassungsrechts entwickelt, die es nur im Wege der Interpretation zu erschließen gelte. Er erwähnt die Grundrechte, die Sozialstaatsartikel, den Zuständigkeitskatalog mit seinen zahlreichen, den Wirtschafts- und Sozialbereich betreffenden Bestimmungen und die Finanzvorschriften und meint, es sei Aufgabe der sachgerechten Verfassungsauslegung im Wege einer Gesamtschau und Gesamtwürdigung diese Einzelnormen zu einem "gefügtten Sinnzusammenhang" zu verbinden, in dem das Eine ins Andere übergreife. Die Wortbedeutung der Einzelsätze müsse dem Gesamtsinn entsprechend erweiternd oder beschränkend ausgelegt, die Lückenhaftigkeit zahlreicher Textstellen geschlossen, die Widersprüche zwischen einzelnen Normen ausgeglichen und aus dem scheinbar Fragmentarischen ein Ganzes geformt werden. Bei einer sachgerechten, vollständigen und abwägenden Würdigung ergebe sich, daß das GG eine gemischte Wirtschaftsverfassung enthalte, die auf das Neben- und Ineinander zweier gegenläufiger, jedoch dialektisch verbundener Hauptgrundsätze gleichen Ranges gegründet sei, auf die Wirtschaftsfreiheitsrechte einerseits und auf die Sozialstaatlichkeit andererseits. Diese dialektische Gleichzeitigkeit von Freiheit und Bindung sei das Ordnungsprinzip, das allemal anzuwenden sei.

Gegen Hubers Konzeption hat Reissmiller m. E. mit Recht eingewandt, daß es den zum Verfassungsvollzug berufenen Organen unmöglich wäre, die Einzelregelungen des GG zu einem umfassenden, auf Ausgleich der widerstreitenden Interessen abzielenden, allgemein anerkannten

47 Ein weiteres Argument gegen die soziale Marktwirtschaftslehre bei Ballerstedt, S. 60.

48 Insbesondere in DÖV 1956, S. 100 ff.

49 Dirig in MD, Art. 2, RdNr. 44; F. Haussmann, Übermaß und Mitte in der sozialen Marktwirtschaft, BB 1954, S. 814; Die öffentliche Hand in der Wirtschaft, München und Berlin 1954, S. 83; Rappers, Staatsintervention und Grundgesetz, Diss. Kiel, 1957, S. 26.

System zu verbinden.⁵⁰ In der Tat lassen die im Grundgesetz enthaltenen, unterschiedlich abgestuften Freiheitsgewährungen und Sozialvorbehalte derart vielfältige Möglichkeiten der Kombination von privater Wettbewerbsfreiheit und staatlicher Wirtschaftsbindung offen, daß die Entscheidung des Gesetzgebers für eine von ihm als allein dem GG angemessen erachtete Wirtschaftsordnung angesichts der Vielzahl der Meinungen über Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit wirtschaftspolitischer Maßnahmen immer als willkürlich betrachtet würde, so daß letzten Endes das BVerfG darüber zu bestimmen hätte, welche Art von gemischter Wirtschaftsverfassung das GG enthält.⁵⁰

Überhaupt muß Huber der Vorwurf einer unzulässigen Einebnung der Freiheitsrechte und Sozialbindungen auf einer mittleren, doch eigentlich sehr verschwommenen Linie der gemischten Verfassung gemacht werden. Angesichts der hervorragenden Bedeutung der Grundrechte erscheint es unzulässig, beide Prinzipien grundsätzlich gleich zu werten, da es dem verfassungsrechtlichen Menschenbild, um dessen skizzenhafte Herausarbeitung wir uns oben bemüht haben, widerspricht. Stern hat recht, wenn er den Grundrechten als "axiomatischen Grundentscheidungen" eine "nicht hinwegdiskutierbare Fundamentalentscheidung für die Liberalität" zuspricht, "der die Sozialität nicht gleichwertig und gleichrangig gegenübergestellt" werden dürfe, "sondern nur in bewertender Abstufung".⁵¹

Gebauer meinte, das Grundgesetz ermögliche nicht eigentlich eine gemischte Wirtschaftsverfassung, in der sich privatwirtschaftliche und gemeinwirtschaftliche Bereiche nebeneinander entfalteten, sondern es begünstige entweder die eine und schließe dann die andere Möglichkeit aus oder umgekehrt. Dieses Ergebnis folgert er aus einer Betrachtung der Art. 14 und 15 und führt dafür die Bezeichnung "alternative Wirtschaftsverfassung" ein.⁵² Damit dürfte allerdings kaum Hubers These widerlegt sein. Der Verfasser macht es sich zu leicht, da er den Blick von vornherein auf die Art. 14 und 15 einengt.

50 Reissmüller, S. 163 f.

51 Stern, Gedanken über den wirtschaftslenkenden Staat aus verfassungsrechtlicher Sicht, DÖV 1961, S. 327.

52 Gebauer, Eigentumspolitische Probleme unserer Wirtschafts-
verfassung, in: Festschrift für H. Nawdasky, München 1956, S. 319 f.

Zudem sieht er auch hier m.E. die Verfassungslage nicht richtig. Gebauer bezieht nämlich Art. 19 II nicht auf das Grundrecht des Eigentums, da seiner Meinung nach Art. 15 dann nicht durchführbar wäre. Wäre das richtig, dann könnte man von einer alternativen Wirtschaftsverfassung sprechen. Es ist aber falsch. Die Ausführungen zu Art. 14 und 15 in dieser Arbeit werden das bestätigen.

c. Während die Theorien von der Garantie der sozialen Marktwirtschaftsverfassung und der gemischten Wirtschaftsverfassung die Verankerung einer bestimmten Wirtschaftsordnungskonzeption im GG bejahen, bestreitet dies die Neutralitätslehre Krügers, der sich auch Hamann angeschlossen hat.⁵³ Ausgehend von der Einteilung der Demokratien in solche mit relativistischer Grundhaltung, nämlich weltanschauungslose Demokratien und solche, die absolute, materiale Werte bekennen, sog. weltanschauungserfüllte Demokratien, kommt Krüger für das GG, das die Wirtschafts- und Sozialverfassung nicht in einem besonderen Abschnitt erwähnt, zu dem Ergebnis, daß es sich nicht zu einer bestimmten Wirtschaftsform bekannt habe, sondern auf einem relativistischen Standpunkt verharre. Auch aus den politischen Entscheidungen des GG für Freiheit, Gleichheit und Sozialität ließe sich kein anderes Ergebnis gewinnen, obgleich es Grenzen der Verträglichkeit zwischen Staats- und Wirtschaftsverfassung gebe. Diese Nichtentscheidung wertet Krüger als ein Bekenntnis zur wirtschaftspolitischen Neutralität i. S. eines dahingehenden ungeschriebenen Verfassungssatzes, so daß jedes Verlassen dieser Neutralität durch den einfachen Gesetzgeber, d. h. aber jedes Bekenntnis zu einer bestimmten Wirtschaftstheorie verfassungswidrig sei. Wirtschaftspolitik dürfe der Gesetzgeber deshalb nur unter wirtschaftstheoretisch neutralen Gesichtspunkten betreiben. Neuerdings hat Hamann - vielleicht ist es ein erster Schritt auf dem Wege zur Aufgabe der Neutralitätslehre - in unzulässiger Weise die Grenzen zwischen der Neutralitätslehre und Hubers Theorem von der gemischten Wirtschaftsverfassung verwischt, indem er ohne weiteres den Begriff der "gemischten Wirt-

53 Krüger, Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung, DVBl. 1951, S. 366 ff.; Hamann, Kom., Einf. I A 6, so schon in Rechtsstaat, S. 31.

schaftsverfassung" übernimmt und damit die wirtschaftsideologische Neutralität des GG kennzeichnet.⁵⁴

Krügers Theorie wird in Rechtsprechung und Lehre allgemein abgelehnt, da sie zu einer völligen "Entstaatlichung", ja zu einer "Entrechtlichung" der Wirtschaft führen muß. Richtig meint Huber, unter den Gegebenheiten unserer Zeit wäre ein Staat, dem die Verfassung jede Entscheidung über Grundsätze der Wirtschaftsordnung verwehrt, ein "Gebilde ohne Staatlichkeit".⁵⁵

d. Richtig ist m.E. die Neutralitätslehre, wie sie das BVerfG im Investitionshilfeturteil dargelegt hat.⁵⁶ Die überwiegende Meinung in Literatur und Rechtsprechung vertritt ebenfalls diese Auffassung.⁵⁷ Danach enthält das GG keine Wirtschaftsverfassung i.S. eines ganz bestimmten Wirtschaftssystems, sondern nur einen Rahmen, der primär durch die Grundrechte bestimmt wird und innerhalb dessen sich mehrere Ordnungsvorstellungen verwirklichen lassen.⁵⁸ Dem einfachen Gesetzgeber steht es mithin durchaus frei, die ihm jeweils sachgemäß erscheinende Wirtschaftspolitik zu verfolgen, sofern er nur das GG beachtet. Das Grundgesetz aber setzt ihm, insbesondere im Rechtsstaatsprinzip, Schranken und macht so die Verwirklichung bestimmter extremer Wirtschaftsleitbilder unmöglich, nämlich sowohl die Zentralverwaltungswirtschaft als auch die freie Marktwirtschaft i.S. des "laissez faire, laissez aller". Im ersten Fall bilden die Grundrechte in Verbindung mit der Wesensgehaltsgarantie in Art. 19 II die maßgebliche Sperre, im zweiten das Sozialstaatsprinzip.

Ähnlich wie Hamann verwischt auch Nipperdey in unzulässiger Weise die Grenze zwischen seiner Theorie von der sozialen Marktwirtschaftsverfassung und der Neutralitätslehre i.S. des BVerfG, da er die letztere als Bestätigung seiner Auffassung für sich buchen will.⁵⁹

54 Hamann, Kom., Einf. I A 6.

55 E.R. Huber, DÖV 1956, S. 98.

56 BVerfG 4, S. 7 ff. (17 f.). Bekräftigung in BVerfG 7, S. 377 ff. (400).

57 Vgl. z.B. Reissmüller, S. 165 f., Badura, S. 322 f.

58 Reinhardt, S. 13 f., sieht in der Statuierung des Privatnützigkeitsprinzips durch das GG die Wirtschaftsverfassungsentscheidung, und zwar nicht i.S. eines allein zulässigen Systems, sondern i.S. der Zulässigkeit beliebiger, die Verfassungsgrenzen beachtende Wirtschaftssysteme. Gedanklich steht Reinhardt dem BVerfG also sehr nahe, nur daß das BVerfG hier nicht von positiver Wirtschaftsverfassung spricht.

59 H.C. Nipperdey, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, 2. Aufl.,

Und ebenso unrichtig ist es - weil nämlich verschiedene Auffassungen vermengt werden - wenn Ballerstedt zum Investitionshilfeurteil ausführt, die dort vertretene Ansicht zur Wirtschaftsverfassung dürfte in ihren Grundgedanken mit der These von der gemischten Wirtschaftsverfassung verwandt sein.⁶⁰

E.R. Huber wandte gegen die vom BVerfG vertretene Neutralitätslehre und ebenso gegen die Lehre Krügers ein, sie seien sich in einem gewissen Relativismus verwandt, da sie davon ausgingen, dass eine freiheitlich-demokratische Verfassung nicht als absolute Entscheidung für eine bestimmte Wirtschaftstheorie verstanden werden dürfe.⁶¹ Es ist zwar richtig, daß Krüger die wirtschaftspolitische Nichtentscheidung des GG begrüßt hat; dagegen hat das BVerfG nicht gesagt, eine Verfassung dürfe sich in wirtschaftlicher Hinsicht nicht festlegen. Es hat nur festgestellt, das GG habe sich "nicht ausdrücklich für ein bestimmtes Wirtschaftssystem entschieden". Die Festlegung eines bestimmten Systems der Wirtschaftsordnung gehört nicht zu den notwendigen Bestandteilen einer Verfassung. Daß es allerdings Aufgabe einer modernen politischen Verfassung ist, sich auch der Wirtschaftsordnung anzunehmen hat Partsch zutreffend betont.⁶²

Ziehen wir das Fazit unserer Überlegungen, so stellen wir fest, daß dem Grundgesetz, da es keine bestimmte positive Wirtschaftsverfassung kennt, auch kein klarer Auslegungssatz entnommen werden kann für die grundsätzliche Zulässigkeit oder Unzulässigkeit staatlicher Monopole. Nur aus der negativen Entscheidung unserer Verfassung für die Zentralverwaltungswirtschaft und die liberale Marktwirtschaft läßt sich die Schlußfolgerung ableiten, daß das Grundgesetz weder die Staatsmonopole generell zuläßt, noch sie allgemein verbietet. Wo aber die Grenze zwischen diesen Extremen liegt, das wird erst die Grundrechtsexegese ergeben. Zutreffend meint Stödter, die materiell-rechtliche Frage nach der Zulässigkeit von

60 Ballerstedt, S. 49 f.

61 Huber, DÖV 1956, S. 99.

62 Partsch, Die verfassungsmässige Sicherung von Wirtschaftsprinzipien, in: Ordo, Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft, 6. Bd., 1954, S. 20 ff.; siehe auch H. P. Ipsen, Über das Grundgesetz, Hamburg 1950, S. 17: kritisch dazu, daß das GG über die Ordnung der Wirtschaft schweigt.

von Staatsmonopolen beantworte sich nach den Grundrechtsbestimmungen des GG. Seine weiteren Überlegungen verschleiern diese klare Aussage jedoch wieder. Stödter sagt, der Gesetzgeber sei an die verfassungsmäßige Ordnung (Art. 20 III) i. S. des Inbegriffs der für das GG geltenden verfassungsmäßigen Grundlagen gebunden. Zur verfassungsmäßigen Ordnung gehöre auch die Wirtschaftsverfassung als die "Gesamtentscheidung über die Ordnung des Wirtschaftslebens eines Gemeinwesens". Da das GG kein geschlossenes System wirtschaftsverfassungsrechtlicher Normen kenne, gelte es, seine verstreuten Bestimmungen zu sichten, auszulegen und zu ordnen und -soweit möglich- zu einem System zusammenzufügen. Erst von solcher Grundlage aus könne man an die Beantwortung konkreter Fragen gehen, wie etwa derjenigen, ob die Schaffung und Erhaltung von Staatsmonopolen mit der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Gesamtentscheidung des GG in Einklang zu bringen sei.⁶³ Diese Gedanken erinnern zunächst stark an Hubers System von der gemischten Wirtschaftsverfassung. Die gegen sie vorgetragenen Bedenken gelten auch hier. Sodann: Selbst wenn sich die wirtschaftsverfassungsrechtlichen Bestimmungen zu einem ganz bestimmten System zusammenfügen ließen, könnte daraus allenfalls ein Leitsatz für die Einzelinterpretation der für die Staatsmonopole bedeutsamen Verfassungsbestimmungen gewonnen werden. Eine klare Lösung der Monopolfrage ließe sich jedoch nur auf dem Wege einer sorgfältigen Auslegung aller der Vorschriften erzielen, die für die Staatsmonopole in Betracht kommen. Damit ist auch der Gang der weiteren Untersuchung vorgezeichnet.

II. Unterabschnitt: Die Zulässigkeitsvoraussetzungen staatlicher Verwaltungsmonopole im Bereich der Grundrechtsordnung.

Die staatlichen Monopole beeinträchtigen hauptsächlich die Berufsfreiheit, die Eigentumsfreiheit, die Wettbewerbs- und Vertragsfreiheit. Die Überprüfung ihrer verfassungsrechtlichen Zulässigkeit wird sich deshalb auf eine Reihe von Vorschriften erstrecken, nämlich auf die Artikel 2 I, 12 I, 14 (15) GG. Auch Art. 3 wird zu untersuchen sein. Hier taucht das methodische Problem auf, in welcher Reihenfolge

63 Stödter, Zündwarenmonopol, S. 54 ff.

die Grundrechte zu prüfen sind. Seine Klärung erfordert eine Stellungnahme zur Systematik des Grundrechtsteils. Die Hauptfrage, um deren Beantwortung es geht, betrifft das Verhältnis des Art. 2 I zu den übrigen im I. Abschnitt des GG erwähnten Freiheitsrechten, insbesondere also zu den Art. 12 und 14.

Das BVerfG meint in ständiger Rechtsprechung, das Freiheitsrecht des Art. 2 I sei *lex generalis* im Verhältnis zu den besonderen Freiheitsverbürgungen der schon mit Art. 2 II beginnenden Einzelfreiheitsrechte.¹ Wörtlich heißt es im Paßurteil vom 16. Jan. 1957: "Neben der allgemeinen Handlungsfreiheit, die Art. 2 Abs. I GG gewährleistet, hat das GG die Freiheit menschlicher Betätigung für bestimmte Lebensbereiche, die nach den geschichtlichen Erfahrungen dem Zugriff der öffentlichen Gewalt besonders ausgesetzt sind, durch besondere Grundrechtsbestimmungen geschützt ... Soweit nicht solche besonderen Lebensbereiche grundrechtlich geschützt sind, kann sich der einzelne bei Eingriffen der öffentlichen Gewalt in seine Freiheit auf Art. 2 Abs. I GG berufen."² Diese Auffassung sieht den Freiheitsatz des Art. 2 I richtig als Hauptfreiheitsrecht, zu dem sich die folgenden Freiheitsrechte als *leges speciales* verhalten.³ Hamann legt die zitierten Sätze m.E. nicht richtig aus, wenn er meint, das BVerfG stelle die einzelnen Spezialgrundrechte "beziehungslos" neben Art. 2 I.⁴ Auch Scheuners Auffassung trifft nicht zu. Er sagt, das BVerfG habe die Ansicht "implizite" abgewiesen, die in Art. 2 I eine allumfassende Freiheitsverbürgung i.S. eines Kern- oder Hauptrechts erblicken möchte, aus der alle anderen Freiheitsrechte abgeleitet werden könnten.⁵ Beide Autoren messen dem Wort "neben" in dem Zitat eine falsche Bedeutung bei. Hätten sie nur recht, dann müßte man dem BVerfG mangelnde Logik vorwerfen. Wenn nämlich Art 2 I die Handlungsfreiheit im umfassenden Sinne meint, wie das

1 BVerfG 1, S. 264 (273 f.); 6, S. 32 (37); 9, 63 (73); 9, 338 (343); 10, 55 ff.

2 BVerfG 6, S. 32 (37).

3 Unzutreffend leugnen der BGH und das BVerwG jede Abhängigkeit zwischen Art. 2 I und den Einzelfreiheitsrechten, vgl. dazu im näheren M. Günther, Schranken der Berufsfreiheit, Diss. Erlangen 1959, S. 41 ff.

4 Hamann, WVR, S. 82.

5 Scheuner, DVBl. 1958, S. 845.

BVerfG im gleichen Urteil richtig ausführt, dann müssen sämtliche Spezialfreiheitsrechte sich logisch zwingend aus Art. 2 I ableiten lassen. Das rechtsgeschichtliche Bedenken Scheuners überzeugt keineswegs.⁶ Die speziellen Freiheitsrechte mögen historisch ihre selbständigen Wurzeln haben und logisch nicht aus einem Obersatz entfaltet worden sein. Daß sie theoretisch aus der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 I ableitbar sind, läßt sich so nicht widerlegen, sondern nur, wenn Art. 2 I die Funktion genommen würde, die allgemeine Handlungsfreiheit im weitesten Sinne des Wortes zu schützen. Das aber ließe sich nicht mit dem Satz von der Menschenwürde vereinbaren. Zudem wäre es auch nicht konsequent, von der allgemeinen Handlungsfreiheit einerseits und "besonderen" Freiheitsbestimmungen andererseits zu sprechen, wie es das BVerfG tut, da sich Spezialnormen in ihrem Kern immer logisch zwingend aus einem Obersatz ableiten. Auch der Einwand Scheuners, die Grundrechte seien nicht nur subjektiv, sondern auch objektiv zu verstehen, insoweit sie aber bestimmte Einrichtungen des objektiven Rechts und gewisse oberste Rechtsgrundsätze miteinbegriffen, könnten sie nicht formell aus dem Freiheitsgedanken hergeleitet werden, erschüttert unsere Auslegung keineswegs. Das logische Band zwischen subjektivem Hauptgrundrecht und subjektiven Einzelgrundrechten wird hierdurch nämlich nicht berührt. Art. 2 I und die Einzelfreiheitsrechte stehen also als *lex generalis* und *leges speciales* in einer logischen Beziehung.⁷ Indes enthält Art. 2 I keinen logischen Obersatz, der dazu zwänge, "die positivrechtlich verdeutlichte Verschiedenwertigkeit und Verschiedenrangigkeit der Einzelfreiheitsrechte einzuebnen und mit Art. 2 I zu identifizieren."⁸

Für den Gang der Grundrechtsuntersuchung folgt daraus: Die Spezialfreiheitsrechte der Art. 12 I und 14 sind zunächst zu prüfen,

6 Scheuner, DVBl. 1958, S. 845 F. 3.

7 Eine ganz andere Frage, die hier noch offengelassen werden kann, ist die, ob auch die Schranken in Art. 2 I in einem logischen Verhältnis zu den Schranken bei den Spezialfreiheitsrechten stehen; vgl. dazu unten, II. Unterabschnitt A IV 2 b aa.

8 Mürig in MD, Art. 2 I, RdNr. 8.

sodann die Sozialisierungsermächtigung in Art.15. Daran schließt sich die Egeß des Art.2 I an im Hinblick auf die durch die staatlichen Monopole beeinträchtigte Wettbewerbs- und Vertragsfreiheit. Den Abschluß bilden einige Überlegungen zum Gleichheitssatz.

Wegen der überragenden Bedeutung der materiellen Grundrechtsprobleme werden die formellen Fragen erst im Anschluß an die materiellen behandelt.

A. Staatliche Verwaltungsmonopole und Art.12 I GG

I. Berufsfreiheit und Apothekenurteil (BVerfG 7, S.377)

Art.12 I lautet: "Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz geregelt werden." Staatliche Monopole beeinträchtigen die Berufsfreiheit, wenn sie berufliche Tätigkeiten i.S. des Art.12 I dem Staat vorbehalten.

Art. 12 I war lange Zeit eine der umstrittensten Vorschriften unserer Verfassung. Walter Jellinek hat sie die "schlimmste crux des Grundrechtsteiles des GG" genannt, und Otto Bachof meinte mit Recht, abgesehen vielleicht von Art.2 I, habe keine andere Vorschrift der Verfassung "so viele Zweifelsfragen aufgeworfen und im Gefolge davon soviel Rechtsunsicherheit ausgelöst" wie Art. 12 I.⁹ Darum wurde es allgemein sehr begrüßt, als das BVerfG im sog. Apothekenurteil vom 11. Juni 1958 sich erstmalig ausführlich mit dem Sinngehalt dieser Vorschrift befaßte und eine Grundsatzentscheidung ersten Ranges fällte. Hamann sah das Urteil "als für das Berufsrecht schlechthin richtungweisend" an, Czermak sprach von der "Pioniertat", die das BVerfG vollbracht habe, und Bachof bezeichnete die Entscheidung als "Wegweiser für die ganze künftige Auslegung der Berufsfreiheit und darüber hinaus für die Grundrechtsinterpretation überhaupt."¹⁰ Das Urteil wurde von Rechtsprechung und Schrifttum mit

9 W. Jellinek, DÖV 1952, S. 383; O. Bachof, JZ 1958, S. 468.

10 Hamann, NJW 1958, S. 1801; ebenso De Clerck, Das Grundrecht der Berufsfreiheit nach dem Apothekenurteil des BVerfG vom 11. Juni 1958, RiA 1958, S. 258; Scheuner, DVBl. 1958, S. 845; W. Labs, DVBl. 1959, S. 382; Czermak, NJW 1963, S. 526; Bachof, JZ 1958, S. 468.

wenigen Ausnahmen positiv aufgenommen. Rückblickend kann man heute sagen, daß es zur Grundlage einer ständigen Rechtsprechung geworden ist, nicht nur des BVerfG, sondern insbesondere auch des BverwG und des BGH.¹¹ Ebenso folgt die verfassungsrechtliche Literatur der Entscheidung überwiegend.¹²

Auch wir wollen an die Überlegungen im Apothekenurteil anknüpfen und abweichende frühere Ansichten nicht prinzipiell erneut vortragen, sondern nur insoweit darauf eingehen, als sie speziell Aussagen über die Zulässigkeit staatlicher Monopole enthalten. Der Anschluß an die Verfassungsrechtsprechung zur Berufsfreiheit darf nicht als blindes Folgen fehlgedeutet werden. Dem BVerfG soll auch nicht aus der Erwägung gefolgt werden, daß es im Sinne der Rechtssicherheit liege, die einmal gewonnene Klarheit in der Auslegung einer vorher sehr umstrittenen Vorschrift nun nicht erneut zu durchkreuzen, sondern vor allem deshalb, weil die Auslegungsmethode des Gerichts den Vorstellungen von der Grundrechtsinterpretation entspricht, die hier für richtig befunden wurden.¹³ Das BVerfG vertritt nämlich im Bereich der Grundrechte eine freiere Auslegungsmethode als bisher üblich gewesen ist. Seine Auslegung ist weniger eng an den Wortlaut gebunden, dafür aber um so mehr Sinninterpretation. Darin liegt auch die über Art. 12 I hinausgreifende Bedeutung der Entscheidung. Auch die liberale Deutung des Grundrechts in Art. 12 I entspricht unserer schon weiter oben vorgetragenen Sicht der Freiheitsrechte.¹³ Das BVerfG hat in der genannten Entscheidung nur die Hauptlinien der Interpretation des Art. 12 I abgesteckt. Manche Einzelheiten hat

11 BVerfG 8, S. 71 ; 9, S. 39 (49 ff.) ; 9, S. 63 ; 9, S. 73 (79) ; 9, S. 338 ; 10, S. 55 (58 f.) ; 10, S. 185 ; 11, S. 30 ; 11, S. 168 (183) ; 11, S. 234 (238) ; 12, S. 144 (147) ; 13, S. 97 (106, 113, 115, 117, 122) ; 13, S. 181 ; 14, S. 19 (22) ;
BVerwG 8, S. 78 (807) ; 8, S. 170 ; 8, S. 287 (288) ; 8, S. 14 (15) ; 8, S. 121 (122) ; 9, S. 334 (336) ; 10, S. 91 (93) ; 10, S. 136 (137) ;
BGH : vgl. z. B. Beschluß vom 16. 7. 1962 in NJW 1962, S. 2008.

12 Bejahend: Bachof, JZ 1958, S. 468 ff. ; Hamann, NJW 1958, S. 1801 ff. ; Kramer, S. 850 ff. ; H. Vogel, S. 121 ff. ; Thieme, S. 280 ff. ; Kötting, S. 40 ff. ; Tittel, S. 227 ff. ; Gimbel, S. 19 ff. ; Welsch, S. 9 ;
kritisch: Lerche, BayVBl. 1958, S. 231 ff. ; ebenso in: Übermaß, S. 253 f. ;
H. Scheuer, S. 86 f. ; U. Scheuner, DVBl. 1958, S. 845 ff.

13 2. Teil, I. Abschnitt, I. Unterabschnitt, II.

es dagegen noch offengelassen, so insbesondere die Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen staatliche Monopole mit dem Berufsfreiheitsrecht zu vereinbaren sind.¹⁴ Unsere Aufgabe besteht darin, an das Apothekenurteil anzuknüpfen und es im Hinblick auf die Frage nach der Zulässigkeit der Staatsmonopole weiterzuentwickeln. Das soll in diesem Unterabschnitt für die Verwaltungsmonopole und im nächsten für die Finanzmonopole geschehen.

II. Der Freiheitssatz in Art. 12 I 1.

1. Art. 12 I 1 gewährleistet allen Deutschen das Recht der freien Berufswahl. "Alle Deutschen" sind also Grundrechtsträger. Wie weit dieser Personenkreis im einzelnen abzustecken ist, bestimmt sich nach der Legaldefinition in Art. 116 I. Der Ausdruck "alle Deutschen" meint nur die natürlichen Personen. Ob auch juristischen Personen des Privatrechts das Grundrecht der Berufsfreiheit zusteht, entscheidet sich nach Art. 19 III. Da die berufliche Tätigkeit nicht nur individuell, sondern auch korporativ ausgeübt werden kann, gilt das Grundrecht auch für inländische juristische Personen. Es ist seinem "Wesen" nach auch auf sie anwendbar.¹⁵ Für die nicht-rechtsfähigen privatrechtlichen Verbände folgt aus einer teleologischen Interpretation des Freiheitsrechts in Art. 9 I, daß auch für sie das Berufsfreiheitsrecht gilt. Nicht nur der verbandsrechtliche Gründungsvorgang wird in Art. 9 I geschützt, sondern auch das Leben und Wirken des Verbandes nach der Gründung. Daraus läßt sich eine teilweise Grundrechtsfähigkeit ableiten, und zwar auch für den Bereich des Art. 12 I.¹⁶ Dem Staat selbst steht das Grundrecht der Berufsfreiheit selbstverständlich nicht zu. Das wäre in der Tat eine "völlige Verdrehung der Grundrechtsidee".¹⁷

2. Durch die Monopolisierung wird die private Ausübung einer bestimmten Wirtschaftstätigkeit verhindert. Es wird in die Berufsfreiheit eingegriffen. Im ersten Teil der Arbeit verstanden wir den Berufsbegriff untechnisch i. S. jeder Tätigkeit, die Grundlage privater

14 Darauf wurde in der Literatur gelegentlich aufmerksam gemacht, vgl. Scheuner, DVBl. 1958, S. 845; H. Scheuer, S. 79; Welsch, S. 9, 163.

15 Str., vgl. Nachweise bei Dirig in MD, Art. 19 III, S. 30 F. 4.

16 Dirig in MD, Art. 19 III, RdNr. 55 ff.

17 H. C. Nipperdey, Gewerbefreiheit der öffentlichen Hand?, BB 1951, S. 594.

Lebensführung sein kann, um so alle Monopolstellungen auf dem Gebiet der Wirtschaft zu erfassen. Jetzt stehen wir vor der Aufgabe, den technischen Berufsbegriff im Rahmen des Freiheitsrechts in Art. 12 I 1 in seiner Tragweite zu kennzeichnen. Wie schwer das ist, mögen folgende Überlegungen verdeutlichen: Zunächst einmal fehlt es an einer Legaldefinition. Sodann ist bei der Wortinterpretation des Ausdrucks "Beruf" vorsichtig zu verfahren, hat doch die Wortfassung der Grundrechte im Parlamentarischen Rat nicht die Aufeileung erhalten, wie wir sie im Zivilrecht gewohnt sind. Schließlich versagt auch der Rückgriff auf die Entstehungsgeschichte, da ihr nicht entnommen werden kann, wie der Berufsbegriff genau verstanden wurde.¹⁸

Nur die Sinninterpretation führt zu einer richtigen Auslegung. Diesen methodischen Weg beschritt das BVerfG im Apothekenurteil. Darum sei daran erinnert, was es unter "Beruf" versteht.¹⁹ Art. 12 I, so führte das BVerfG aus, gewährleistet dem einzelnen das Recht, "jede Tätigkeit", für die er sich geeignet glaubt, als "Beruf" zu ergreifen, d.h. "zur Grundlage seiner Lebensführung zu machen". Das Grundrecht zielt, so heißt es weiter, auf den Schutz der "wirtschaftlich-sinnvollen" Arbeit. Das BVerfG sieht diese als "Beruf", d.h. in ihrer "Beziehung zur Persönlichkeit des Menschen", die sich erst darin voll ausformt und vollendet, daß der einzelne sich einer Tätigkeit widmet, die für ihn Lebensaufgabe und Lebensgrundlage ist und "durch die er zugleich seinen Beitrag zur gesellschaftlichen Gesamtleistung" erbringt. Aus dieser Sicht des Grundrechts legt das BVerfG den Berufsbegriff weit aus und rechnet folgende Betätigungen darunter: 1. alle Berufe, die sich in bestimmten traditionell oder sogar rechtlich fixierten "Berufsbildern" darstellen, 2. die von einzelnen frei gewählten "untypischen (erlaubten) Betätigungen", 3. "Berufe, die Tätigkeiten zum Inhalt haben, welche nach heutigen Vorstellungen der organisierten Gemeinschaft, in erster Linie dem Staate, vorbehalten bleiben müssen", 4. "staatlich gebundene Berufe".

Der weiten Auslegung des Berufsbegriffs durch das BVerfG ist

18 JÖR (Matz), Bd. 1, S. 133 ff.

19 BVerfG 7, S. 377 (397 f.).

zuzustimmen. Seine Deutung des Freiheitsrechts in Art. 12 I 1 entspricht der weiter oben vorgetragenen Sicht der Grundrechte im System unserer Verfassung. Richtig wird die Verbindungslinie zwischen Beruf und Persönlichkeit gesehen mit der Folge einer weiten Interpretation des Berufsbegriffs. Die systematische Auslegung der Art. 2 I (Freiheitssatz) und 12 I 1 bestätigt das. Das Berufsfreiheitsrecht ist *lex specialis* zum Recht der freien Persönlichkeitsentfaltung. Wäre die Berufsfreiheit nicht in Art. 12 I 1 garantiert, dann wäre auf Art. 2 I als *lex generalis* zurückzugreifen. Da diese Vorschrift aber die Handlungsfreiheit im weitesten Sinne meint, wäre die Berufsfreiheit ebenfalls weit zu fassen. Ihre spezielle Erwähnung in Art. 12 I 1 führt nicht zu einer sachlichen Verengung des Freiheitssatzes, sonst müßte Art. 2 I neben Art. 12 ergänzend anwendbar bleiben. Das dürfte aber kaum im Sinne der Verfassung liegen, da sonst im Berufsrecht eine differenzierte Schrankenregelung gälte - nämlich bald der Vorbehalt aus Art. 12 I 2, bald die Vorbehalte in Art. 2 I (Nachsatz) - ohne daß ein vernünftiger Grund darin erblickt werden könnte. Ist das richtig, dann folgt daraus eine extensive Interpretation des Art. 12 I 1. Die Berufsfreiheit ist ebenso weit zu fassen wie im Falle unmittelbarer Anwendbarkeit des Art. 2 I (Freiheitssatz). Diesem weiten Auslegungsgebot entspricht das BVerfG, indem es "jede Tätigkeit", die Grundlage privater Lebensführung sein kann, als Beruf ansieht.

Die Notwendigkeit einer weiten Auslegung des Art. 12 I 1 ist mit dem Hinweis auf die Verbindungslinie zu Art. 2 I (Freiheitssatz) noch nicht voll erwiesen. Es bedarf vielmehr zusätzlich des Rückgriffs auf Art. 1 I, II. Nur insoweit das Berufsfreiheitsrecht - gleiches gilt für den Satz von der freien Persönlichkeitsentfaltung - um der Menschenwürde willen zu den unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten gehört, ist Art. 12 I 1 notwendig extensiv zu interpretieren. Es wäre unrichtig, wollte man in allen Grundrechten Menschenrechte i. S. des Art. 1 II sehen. Der Grundrechtskatalog enthält nämlich sowohl vorstaatlich begründete als auch staats-

gesetzlich begründete Grundrechte. Die ersteren erkennt es lediglich deklaratorisch an, die letzteren konstituiert es hingegen.²⁰

Hinsichtlich Art. 12 I 1 ist man in Rechtsprechung und Literatur verschiedener Meinung, ob es sich um ein Grundrecht vorstaatlichen Ursprungs handelt oder nicht. Der BGH meinte in einem Gutachten aus dem Jahre 1952, soweit Art. 12 I die freie Berufswahl und die Gewerbefreiheit proklamiere, habe das Grundrecht aus sich selbst heraus keineswegs naturrechtlichen Rang, sondern stelle eine von mehreren möglichen Ordnungen der Wirtschaftsverfassung dar, die nur der Verfassungsgeber als solcher unter Verfassungsschutz gestellt habe.²¹ Schon Apelt hatte kurz zuvor unter Berufung darauf, daß Art. 12 I 1 auf "alle Deutschen" beschränkt sei, das Grundrecht nicht als allgemeines Menschen-, sondern als Bürgerrecht bezeichnet.²² Klein kritisierte Apelt. Die Einengung des Berufsfreiheitsrechts auf alle Deutschen besage nur, daß es sich nicht um ein Menschenrecht i.S. der Grundrechtssubjektivität handele. Ob kein Menschenrecht i.S. der Grundrechtsqualität vorliege, sei eine andere Frage. Klein verneint sie. Er schließt sich ohne weitere Begründung dem erwähnten Beschluß des BGH an.²³ Die vorgetragenen Auffassungen sind abzulehnen. Schon historisch ist es unrichtig, Art. 12 I 1 nicht zu den unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten zu zählen. Man denke z.B. daran, daß bereits die Bill of Rights von Virginia vom 12.6.1776 (section 1) und die Déclaration des droits de l'homme et du citoyen vom 24.6.1793 (Art. 17) die Berufsfreiheit als Menschenrecht schützten. Zwar stellt in der deutschen Verfassungsgeschichte Art. 12 I 1 in seiner besonderen Ausprägung ein Novum dar.²⁴ Aber darüber darf nicht vergessen werden, daß auch hier schon Vorläufer vorhanden waren, nämlich § 133 der Frankfurter Reichsver-

20 Klein, vMK, Vorbem. B.

21 Gutachten des BGH vom 28.4.1952, DVBl. 1952, S. 471 ff. (472).

22 Apelt, Die Gleichheit vor dem Gesetz nach Art. 3 Abs. 1 des Grundgesetzes, JZ 1951, S. 353 f.

23 Klein, vMK, Vorbem. B V 1 und Art. 12, Anm. VI 3; so auch Ipsen, Apothekenerrichtung und Art. 12 des GG (1957), zit. nach Hamel, Das Recht zur freien Berufswahl, DVBl. 1958, S. 39; Klein meint zu Unrecht, Held (DVBl. 1954, S. 345) sei der Auffassung, Art. 12 I 1 sei ein Menschenrecht. Held beruft sich auf Ule, DV 1949, S. 334, der das "Grundrecht der Arbeit" in Art. 12 II 1, IV (früher: 12 II, III) als Menschenrecht qualifizierte, nicht aber Art. 12 I 1.

24 Klein, vMK, Vorbem. B III 2 und Art. 12, Anm. I 1.

fassung von 1848 und Art 111 Satz 2, 151 III der Weimarer Verfassung von 1919. - Darüber hinaus wäre es aber auch mit dem obersten Konstitutionsprinzip (Dürig) unserer Verfassung, der Idee von der Menschenwürde, unverträglich, wollte man Art. 12 I 1 den Menschenrechtsgehalt absprechen. Man kann nicht von der Würde des Menschen sprechen, ohne ihm zugleich das fundamentale Freiheitsrecht beruflicher Entfaltung zuzugestehen. Wer erst auf die konstitutive Statuierung der Berufsfreiheit durch den Staat angewiesen ist, wird nicht als wesensmäßig frei anerkannt. Er ist dem Staat ausgeliefert, der dann allein über das Ausmaß beruflicher Freiheit entscheidet. Menschenrechte und Menschenwürde sind untrennbar miteinander verflochten. Darum sind die Grundrechte insoweit Menschenrechte, als die in ihnen gewährleistete Freiheit von der Idee der Menschenwürde zwingend gefordert werden. Wo hier die sachliche Grenze im einzelnen liegt, wird noch im Laufe der Arbeit für den Bereich staatlicher Monopole aufgezeigt werden. In personeller Hinsicht dürfte die Beschränkung des Art. 12 I 1 auf Deutsche dem Menschenwürdegehalt nicht gerecht werden. Deshalb wird man insoweit auf Art. 2 I als personelles Auffangrecht zurückzugreifen haben.²⁵ Die hier vorgetragene Ansicht, daß auch das Berufsfreiheitsrecht ein Menschenrecht ist, vertreten auch Geiger, Hamel und Bachof.²⁶ Aus der Sicht des Berufsfreiheitsrechts als Menschenrecht folgt das Gebot, Art. 12 I 1 grundsätzlich weit auszulegen. M.E. sind auch alle staatlichen Monopoltätigkeiten prinzipiell in dem Freiheitssatz mitenthalten. Erst die Auslegung des Vorbehaltssatzes wird ergeben, ob und ggf. wann Staatsmonopole materiell zulässig sind.

25 So richtig Bachof, Freiheit, S. 177 f.; a.A. Dürig in MD, Art. 19 III, S. 6 F. 2.

26 Geiger, Sp. 1113; Hamel, Das Recht zur freien Berufswahl, DVBl. 1958, S. 40; Bachof, Freiheit, S. 177 f., Bachofs Kritik an Klein geht fehl. Klein vertritt nicht die Ansicht, es liege deshalb kein Menschenrecht vor, weil Art. 12 I 1 sich auf Deutsche beschränke. Klein kritisiert gerade wegen dieser engen Ansicht Apelt, Die Gleichheit vor dem Gesetz nach Art. 3 Abs. 1 des Grundgesetzes, JZ 1951, S. 353 f.; vgl. auch Dürig in MD, Art. 1, S. 6 F. 1.

Das Grundgesetz enthält einige Vorschriften, die zwischen Beruf und Gewerbe unterscheiden, so z.B. die Art. 66 und 74 Nr. 19. Es wäre falsch, wollte man deshalb eine restriktive Interpretation des Art. 12 I 1 befürworten. Die genannten Vorschriften aus dem organisationsrechtlichen Teil der Verfassung wirken nicht auf die Auslegung des grundrechtlichen Berufsbegriffs zurück. Das verbietet die Sinndeutung des Berufsfreiheitsrechts. Im übrigen ist die Verfassung auch nicht daran gehalten, einen Ausdruck immer im gleichen Sinne zu verstehen. Das zeigt z.B. die verschiedenartige Verwendung des Ausdrucks "verfassungsmäßige Ordnung" in den Art. 2 I, 9 II, 20 III, 28 I 1, III und 98 II.²⁷ Beruf i.S. des Art. 12 I ist ein Oberbegriff, der auch jede gewerbliche Tätigkeit einbezieht.²⁸

3. Art. 12 I 1 gewährleistet allen Deutschen das Recht, den Beruf "frei zu wählen". Die Berufswahl erschöpft sich nicht in dem inneren Entschluß, eine bestimmte Tätigkeit auszuüben. Vielmehr manifestiert sie sich in der Berufsaufnahme, einem äußerlich wahrnehmbaren Akt, sodann aber auch in der Beibehaltung wie schließlich in der freiwilligen Beendigung der ausgeübten Tätigkeit. Die staatlichen Monopole schränken die Freiheit der Berufswahl ein, da in ihrem Bereich bereits die Berufsaufnahme nicht möglich ist.

III. Art. 12 I 1 und die staatlichen Verwaltungsmonopole in der Sicht von Rechtsprechung und Schrifttum.

Im Gegensatz zu der hier vertretenen weiten Ausdeutung des Berufsfreiheitssatzes ist Art. 12 I 1 in Rechtsprechung und Literatur immer wieder restriktiv interpretiert worden. Entweder verstand man den Berufsbegriff von vornherein in einem engeren Sinne, oder man suchte die staatlichen Monopole über andere Verfassungsbestimmungen als Art. 12 I 2 zu legitimieren. Auch auf diese Weise verkürzte man die sachliche Tragweite des Grundrechtes der Berufsfreiheit (Art. 12 I 1). Der folgende, zeitlich und zugleich sachlich geordnete Überblick über den Stand der Meinungen seit Erlass des Grundgesetzes wird darüber im näheren Aufschluß geben. Dabei sind die im einzelnen doch erheblich voneinander abweichenden Auffassungen kritisch zu würdigen.

27 Klein, vMK, Art. 2, Anm. IV 2 b.

28 Klein, vMK, Art. 12, Anm. III 2 d.

1. Erstmalig befaßte sich der Wirttl.-Bad. VGH in einem Urteil aus dem Jahre 1950 mit der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit staatlicher Monopole.²⁹ Er meinte, das GG unterstelle in den Art. 105 I, 106 I und 108 I ihre Zulässigkeit "offensichtlich als selbstverständlich". Wörtlich heißt es: Das GG "handelt in Art. 105 und 108 sogar ausdrücklich auch von Finanzmonopolen, also (im Gegensatz zu den auf staatshoheitliche Betätigung gerichteten Regalen und zu den volkswirtschaftlichen Zwecken dienenden Wirtschaftsmonopolen...) von ausschließlich im Interesse der Finanzfunktion des Staates geschaffenen Monopolen. Hieraus ist zu ersehen, daß das GG den Ausschluß privater Personen von gewissen Berufen zugunsten des Staates, und zwar bei den Finanzmonopolen sogar im rein fiskalischen Interesse, für zulässig erachtet." Die Formulierung läßt erkennen, daß das Gericht auch die staatlichen Verwaltungsmonopole in den Art. 105 ff. rechtfertigen will (arg.: "auch", "und zwar sogar"). Naumann, von Turegg und Scheuner schlossen sich der Entscheidung an.³⁰ Unabhängig davon stützt E. R. Huber die Verwaltungsmonopole ausdrücklich auf Art. 105 I.³¹ Er sagt, wenn dort dem Bunde die ausschließliche Kompetenz für "Finanzmonopole" eingeräumt sei, dann sei er damit "befugt, öffentlich-rechtliche Monopole für Wirtschaftstätigkeiten aller Art zu schaffen, sofern dabei Staatseinkünfte erzielt" würden. Der finanzpolitische Zweck brauche dabei jedoch nicht allein maßgeblich zu sein. Aus Art. 106 begründete Ziegler einige Zeit später die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Verwaltungsmonopole.³²

Die Mehrzahl der Autoren lehnen indes mit vollem Recht die vorgetragenen Ansichten ab.³³ Folgende Erwägungen sprechen in der Tat

29 Wirttl.-Bad. VGH, Urt. v. 31. 8. 1950, VerwRspr. 3, S. 371.

30 Naumann, DVBl. 1950, S. 758; v. Turegg, S. 13; Scheuner, Intervention, S. 33 f. 90; Scheuner meint, die Grenzen der Monopolisierung lägen dort, wo sie herkömmliche oder handwerkliche Berufe freier Gestaltung ergäßen oder sonst mit Leitgedanken des GG über die freie Wirtschaftstätigkeit in Widerspruch träten. - Diese allgemeinen Behauptungen sind viel zu vage und deshalb juristisch nicht verwertbar.

31 Huber, WVR II, S. 225 f.; aus Art. 105 folgert Scheuner, S. 134: "Alle Monopole, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des GG vorhanden waren, sind danach mit diesem vereinbar." Das trifft also nach Scheuner auch auf Verwaltungsmonopole zu. Für neue Verwaltungsmonopole bleibt die Antwort offen.

32 Ziegler, DÖV 1955, S. 174.

33 Ueber, S. 154 f.; Stödter, Zündwarenmonopol, S. 52 ff. (ihm folgend: Bachof,

gegen sie: Zunächst kann Zieglers Wortinterpretation aus Art.106 I nicht mehr überzeugen. Die Neufassung der Vorschrift durch das Finanzverfassungsgesetz vom 23.12.1955 (BGBl.I, S.817) ersetzte "Monopole" durch "Finanzmonopole", so daß die Art.105 ff. insoweit jetzt einheitlich lauten. Am klaren Wortlaut scheitert die unmittelbare Anwendung der Vorschriften auf die Verwaltungsmonopole. Aber auch eine entsprechende Anwendung ist nicht möglich. Sonst würde der Ertrag aller Verwaltungsmonopole, also auch der gemeindlichen Monopolbetriebe dem Bund zufließen, was unmöglich richtig sein kann. Zudem sind Finanz- und Verwaltungsmonopole durch ihren Zweck wesensmäßig verschieden. Steht bei den ersten der Finanzzweck im Vordergrund, so bei den Finanzmonopolen der öffentliche Zweck, insbesondere der Zweck der Daseinsvorsorge. Schließlich ist noch zu bedenken: Selbst wenn die Art.105 ff. die Verwaltungsmonopole erfaßten, wäre doch höchst zweifelhaft, ob diesen Vorschriften überhaupt eine materielle Bedeutung zu käme. Ihrer Struktur nach sind sie - jedenfalls prima vista - bloße Kompetenznormen. Darauf werden wir noch bei der Besprechung der Finanzmonopole zurückkommen.

2. Die Vertreter der Berufsbildlehre suchen das Freiheitsrecht in Art.12 I 1 über die Berufsbilder einzuengen. So nahm Über als erster die Monopoltätigkeiten der Post auf dem Gebiet der Postbeförderung und des Fernmeldewesens aus dem Berufsbegriff in Art.12 I 1 heraus.³⁴ Einige Jahre später befaßte sich Barschkies in seiner Dissertation ausführlich mit der Berufsbildlehre und den staatlichen Monopolen. Auch er engt den Berufsbegriff in Art.12 I 1 erheblich ein.³⁵ Er meint nämlich, nicht jede vom einzelnen ausgeübte Tätigkeit, mit der er seinen Lebensunterhalt verdient, könne als Beruf bezeichnet werden. Vielmehr hätten sich, durch geschichtliche Entwicklung und tatsächliche Gegebenheiten bedingt, nach Art

(Forts. F.33) Freiheit, S.201 F.175); Hamann, Kom., Art.105, Anm.B 3; Thieme, S.282; Koch, Anmerkung zum Urteil des AG-Montabaur vom 8.1.1963, BB 1963, S.627; Badura, S.336; ohne Bezug auf Württ.-Bad. VGH sagt schon LVG-Minden in Urt.v.24.10.1950, DÖV 1951, S.54, die Art. 105 ff. handelten nur von Finanzmonopolen.

34 Über, S.157 F.487.

35 Barschkies, S.70, 75, 80.

und Umfang voneinander abgegrenzte Erwerbstätigkeiten herausgebildet. Diese Tätigkeiten seien in der gesellschaftlichen Anschauung zu festen Begriffen geworden, so daß in den allgemeinen Berufsbezeichnungen eine soziologisch herkömmliche Bestimmung liege. Diese von der Gesellschaftsauffassung geprägten Berufsbilder entschieden darüber, ob im Einzelfall überhaupt ein Beruf vorliege. Hinsichtlich der Staatsmonopole meint Barschkies, der gesetzliche Ausschluß aus dem privaten Tätigkeitsbereich könne den Berufsbildern solange keinen Abbruch tun, als sie tatsächlich in der sozialen Ordnung existierten und anerkannt würden. Das Berufsbild könne jedoch "durch andauernde beschränkende Regelung der tatsächlichen Verhältnisse" eingeengt werden, dort nämlich, "wo eine an sich private Tätigkeit ausnahmslos über Jahrzehnte für den privaten Erwerb verboten und der staatlichen Verwaltung vorbehalten wird." Diese Regelung beeinflusse die berufsbildende soziologische Anschauung indirekt, indem sie die tatsächlichen Verhältnisse künstlich gestalte. Eine solche Tätigkeit würde "nicht mehr als Beruf anerkannt werden und daher aus dem Bereich des Art. 12 GG ausscheiden". Das treffe für die Briefbeförderung und für den Betrieb des Telegraphen-, Rundfunk- und Fernsprechwesens zu, nicht aber z.B. für den Eisenbahnbetrieb und die Arbeitsvermittlung. Hier habe sich ein allgemeines Berufsbild erhalten können, weil die Monopolausübung teilweise privaten Unternehmern überlassen worden sei.

Gegen die Berufsbildlehre ist einzuwenden, daß sie Art. 12 I 1 in unzulässiger Weise relativiert. Richtig sagt Hamann, es "wird hier in Art. 12 Abs. 1 Satz 1 ein Gesetzesvorbehalt hineingelegt, der hier nicht, auch nicht in verdeckter Form, enthalten ist." ³⁶ Der Grundfehler liegt im falschen methodischen Ansatz. Der verfassungsrechtliche Berufsbegriff darf nicht i.S. des geltenden allgemeinen Sprachgebrauchs gedeutet werden. ³⁷ Auch der Mangel einer Legaldefinition vermag dies nicht zu rechtfertigen. Ausgehend vom allgemeinen Sprachgebrauch ist der Berufsbegriff vielmehr auf dem Hintergrund des Art. 1 I zu interpretieren. Die Verknüpfung

³⁶ Hamann, Rechtsstaat, S. 72.

³⁷ So aber Klein, vMK, Art. 12, Anm. III 2.

von Menschenwürde und Freiheitsrecht zwingt dabei zu einer extensiven Auslegung.

3. In einer Entscheidung vom 10.5.1955 meinte das BVerwG, das Grundrecht der freien Berufswahl gelte seinem Wesen nach nicht für solche Berufe, "die Aufgaben wahrnehmen, welche der öffentlichen Hand vorbehalten sind."³⁸ In der Folgezeit wiederholte das BVerwG noch häufiger diese neue Formel. Das Schrifttum schloß sich, meist ohne nähere Ausführung, dem Gericht an.³⁹

Dem BVerwG ist zunächst einmal vorzuwerfen, daß es seine Behauptung nicht begründet. Seine These hält aber auch einer genauen Nachprüfung nicht stand. Die Entstehungsgeschichte zu Art. 12 GG läßt nicht darauf schließen, daß das Berufsfreiheitsrecht (Art. 12 I 1) nur unter dem Vorbehalt staatlicher Monopole gelten soll. Zurecht macht Warncke darauf aufmerksam, daß das BVerwG die Geltungskraft der Grundrechte davon abhängig macht, ob und inwieweit die öffentliche Hand nunmehr irgendwelche Aufgaben des staatlichen Gemeinwesens nunmehr für sich in Anspruch nimmt.⁴⁰ Das Freiheitsrecht in Art. 12 I 1 wird so überhaupt in Frage gestellt. Von einer sinnmäßigen Interpretation kann hier keine Rede mehr sein. Rings versuchte, Warncke zu widerlegen, jedoch vergeblich.⁴¹ Seine Begründung, die er zur Stützung der soeben vorgetragenen Ansicht des BVerwG vorträgt, ist in Wahrheit nichts anderes als eine Wiederholung der These, eine *petitio principii*. Rings gesteht Warncke zu, daß der Berufsbegriff in Art. 12 I 1 zunächst weit auszulegen sei und auch Berufe meine, die Aufgaben wahrnehmen, welche der öffentlichen Hand vorbehalten sind. Indes sei die Wortinterpretation nicht maßgeblich. Vielmehr komme es auf eine Zweckauslegung der Vorschrift an. Art. 12 I zielt auf die Schaffung eines freien beruflichen Leistungs-

38 BVerwG 2, S. 85 (86).

39 BVerwG 3, S. 21 (23); 4, S. 250 (251); 5, S. 286; 6, S. 72; zustimmend: Reuß, Anm. zu BVerwG-Urt. v. 10.5.1955, NJW 1955, S. 1532; Rings, S. 657 f.; Hamel, S. 64; Klein, vMK, Art. 12, Anm. V 2 a; Hamann, WVR, S. 117; Scheuer, S. 134 F. 4; Scheuer widerspricht sich übrigens auf S. 78 (Text zu F. 7); widersprechend: Warncke, S. 1587; BVerfG 7, 397 f.; Schick, S. 933; Badura, S. 257; in BVerwG 9, S. 334 (336) übernahm das BVerwG die Ansicht des BVerfG.

40 Warncke, S. 1587.

41 Rings, S. 657 f.

wettbewerbs. Dieser Leistungswettbewerb sei aber praktisch nur denkbar und daher auch von Art. 12 I nur bezweckt auf den Aufgabengebieten, die überhaupt einer privaten eigenverantwortlichen Berufsausübung offenstünden. Darüber befindet nach Rings das einfache Gesetz, dessen Zweck darin bestehe, die betreffenden Aufgaben einer privaten eigenverantwortlichen Berufstätigkeit und damit dem freien Leistungswettbewerb zu entziehen, um die Wahrnehmung dieser Aufgaben im Interesse der Allgemeinheit allein der öffentlichen Hand zu überantworten. Die Meinung von Rings ist unhaltbar, da nach ihr letztlich der einfache Gesetzgeber - ohne an die Schranken in Art. 12 I 2 gebunden zu sein - darüber befindet, ob ein bestimmter Tätigkeitsbereich der privaten Ausübung im Wege der Monopolisierung entzogen wird. Richtig bemerkt Badura, das BVerwG und Rings ließen außer acht, daß sich der Umfang des Schutzes, den Art. 12 I gewährt, nicht aus der Gesetzgebung ergeben könne. Vielmehr sei Art. 12 I zu entnehmen, ob und wie weit der freie Leistungswettbewerb beschränkt werden dürfe.⁴²

4. Hamann, der zwar immer einen weiten Berufsbegriff vertreten hatte, leuchtete die These des BVerwG ein. So schied er aus dem Berufsbegriff in Art. 12 I 1 die ihrem Wesen nach dem Staate vorbehaltenen Tätigkeiten aus.⁴³ Zu ihrer Bestimmung griff er auf Art. 33 zurück. Sein Absatz II, der jedem Deutschen gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte zusichert, sei eine Sondervorschrift, die der allgemeinen Regelung des Art. 12 I vorgehe. Gleiches gelte für Art. 33 IV. Daraus folge, daß hoheitliche Tätigkeiten in Art. 12 I nicht gemeint seien. Aber auch nicht-hoheitliche Funktionen des Staates könnten u.U. aus Art. 12 I herausfallen, nämlich dann, wenn sie ihrerseits auf speziellen verfassungsrechtlichen Ermächtigungen beruhten, wie es z.B. für die Bundesbahn nach Art. 87 I GG zutrefte.⁴⁴

42 Badura, S. 256 F. 80 ; auch Schick, S. 933.

43 Hamann, WVR, S. 117 ; in Kom., Art. 105, Anm. B 3, sagt Hamann indes, die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Verwaltungsmonopole ergäben sich u.a. aus Art. 12 GG.

44 In diesem Sinne wohl auch Huber, DÖV 1956, S. 136 ; Ziegler, DÖV 1955, S. 173 ff.

Auf der gleichen Linie liegt es, wenn Bachof behauptet, die Monopolisierung aller ihrem Wesen nach hoheitsrechtlichen Befugnisse ergebe sich nicht nur aus der Natur der Sache, sondern sei durch Art. 33 IV GG "ausdrücklich...vergeschrieben".⁴⁵ Thieme stimmt Bachof zu und geht sogar noch einen Schritt weiter.⁴⁶ Für den Bereich der pflegenden Verwaltung könne man Art. 33 IV entnehmen, daß es der öffentlichen Hand gestattet sein müsse, mit der freien Wirtschaft in Konkurrenz zu treten. Selbst eine monopolistische Betätigung sei nicht ausgeschlossen. Dies lasse Art. 33 IV vermuten.

Gegen die vorgetragenen Ansichten bestehen erhebliche Bedenken. Die Durchsicht der einschlägigen Fachliteratur zu Art. 33 IV zeigt, daß diese Vorschrift neben Absatz V lediglich "allgemeine Rechtsgrundsätze für die interne Organisation der Verwaltung und für Organwalterrechte" aufstellt. Die beiden Absätze "bilden die verfassungsrechtliche Grundlage für die Einrichtung des Berufsbeamtentums und die Regelung seiner Rechtsverhältnisse".⁴⁷ Dagegen sagen sie nichts darüber, wann der Staat bestimmte Tätigkeitsbereiche unter Ausschluß der Staatsbürger hoheitlich ausüben darf. M.E. entscheidet sich diese Frage - soweit die Freiheitssphäre der Bürger betroffen wird - allein nach der Abgrenzung im Grundrechtskatalog. Art. 33 II und IV lassen zwar vermuten, daß es gewisse Aufgabengebiete gibt, die allein vom Staat zu besorgen sind, enthalten jedoch nicht die Antwort darauf, wann dies der Fall ist. Begriffe wie "ihrem Wesen nach hoheitliche(n) Befugnisse" und "Natur der Sache" (Bachof) mögen auf die Funktionen der Gesetzgebung, vollziehenden Gewalt und Rechtsprechung zutreffen. Im übrigen sind sie aber viel zu farblos, um im Einzelfall zu bestimmen, ob eine Tätigkeit dem Staat ausschließlich vorbehalten werden darf oder nicht. Eine materielle Abgrenzung der Freiheitssphäre gegenüber dem staatlichen Bereich nach Art. 33 II, IV würde weithin willkürlich sein, da sichere Kriterien fehlen. Sie ließen sich auch nicht, unter allgemeiner Zustimmung in Rechtsprechung und Wissenschaft,

45 Bachof, Freiheit, S. 201.

46 Thieme, S. 283.

47 Klein in: von Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, 2. Auflage, 3. Lieferung, Art. 33, Anm. II 1 a, e.

klar ermitteln, es sei denn, man griffe auf die materiellen Bestimmungen der Grundrechtsvorschriften zurück.⁴⁸ Die gleichen Erwägungen gelten auch für andere Verfassungsvorschriften außerhalb der Grundrechte, wie z.B. für Art. 87 I. Hier wird nicht materiell darüber befunden, daß der Staat ausschließlich öffentliche Eisenbahnen betreiben darf, wie Hamann glaubt. Dafür ist allein Art. 12 I maßgeblich. Art. 87 I ist eine organisationsrechtliche Vorschrift, die bestimmte Verwaltungsaufgaben der bundeseigenen Verwaltung zuweist.

5. Über, der bestimmte Staatsmonopole über das Berufsbilderfordernis aus Art. 12 I 1 herausnahm, engte den Freiheitssatz darüber hinaus noch weiter ein. Auch auf Berufsbildgebieten ließ er staatliche Monopole zu.⁴⁹ Er rechtfertigte sie aber nicht über den Gesetzesvorbehalt in Art. 12 I 2, sondern legitimierte sie in der Sozialstaatsklausel der Art. 20 I, 28 I 1. Er sagt: "Ergibt sich (auf Grund der Art. 20, 28), daß der Staat gewisse Berufsmonopole grundsätzlich für sich in Anspruch nehmen darf, so bemißt sich die Zulässigkeit der Monopole überhaupt nicht nach Art. 12, da ein - grundrechtlich fundiertes - subjektives öffentliches Recht in diesen Fällen tatsächlich nicht bestehen würde." ⁵⁰ Im Anschluß an Über, aber auch unabhängig von ihm, vertreten andere Verfassungsrechtler die gleiche Meinung.⁵¹ Keiner von ihnen bemüht sich jedoch ernsthaft um eine klare Abgrenzung der Zulässigkeitsvoraussetzungen staatlicher Verwaltungsmonopole im Rahmen des Sozialstaatsprinzips. Mit allgemeinen Aussagen läßt sich aber das Problem nicht lösen. M.E. ist es grundrechtssystematisch falsch, die staatlichen Monopole

48 Vgl. z.B. Ballerstedt, S. 82: "Bei der Erhaltung oder Errichtung staatlicher Monopole ist die Berufsfreiheit insoweit nicht im Spiel, wie es sich um Funktionen der öffentlichen Gewalt handelt." ²²⁴ "F. 224: "Man denke etwa an das Monopol der Notenausgabe oder Münzprägung (§ 14 BBG), ferner an das Postregal, obwohl hier die Frage ob und wieweit Ausübung hoheitlicher Gewalt vorliegt, zweifelhaft sein kann."

49 Über, S. 155 ff.

50 Über, S. 152.

51 Bachof, Freiheit, S. 201 f.; Constantinesco, Grundgesetz und Wirtschaftsverfassung, Annales Universitatis Saraviensis, Rechts- und Wirtschaftswissenschaften, Vol. VIII, 1960, Saarbrücken, S. 124; Thieme, S. 283 f.; vgl. auch Rings, S. 658.

in der Sozialstaatsklausel (Art. 20 I, 28 I 1) zu legitimieren. Vielmehr ist es eine Frage der Grundrechtsauslegung, insbesondere der Auslegung der Vorbehaltssätze, ob und unter welchen Voraussetzungen Staatsmonopole verfassungsmäßig sind. Das Sozialstaatsprinzip ist dabei in die Interpretation der Vorbehaltssätze einzubeziehen.⁵²

Sehr richtig meint Thieme, die Sozialstaatlichkeit sei niemals allein zu sehen, sondern immer im Zusammenhang mit den Freiheitsrechten.⁵³ Von seiner Grundansicht aus, daß die Sozialstaatsklausel jene Vorschrift sei, "die allgemein und ohne Beschränkung auf bestimmte Lebensbereiche die Errichtung von Verwaltungsmonopolen erlaubt", scheint es jedoch kaum möglich, klare Grenzlinien für die staatlichen Monopole festzulegen. So muß Thieme es bei der verallgemeinernden Feststellung bewenden lassen, daß eine Monopolisierung dort unzulässig sei, wo sie das Leitbild des Art. 12, die freie Wettbewerbswirtschaft, in ihrem Kern treffe. Bezöge der Verfasser das Sozialstaatsprinzip in die Interpretation des Art. 12 I 2 ein, dann erst könnte er klare, systemgerechte Grenzlinien aufzeigen. - Richtig sieht Constantinesco die Sozialstaatsklausel als Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung i. S. des Art. 2 I.⁵⁴ Über den Vorbehalt der verfassungsmäßigen Ordnung legitimiert er Monopole der öffentlichen Hand. Der methodische Ansatz ist falsch. Die Zulässigkeit staatlicher Monopole ist zunächst an Hand der Spezialvorschriften des Grundrechtsteils zu ermitteln. Ergibt sich schon hier ihre Unzulässigkeit, so sind sie mit der verfassungsmäßigen Ordnung nicht vereinbar und können nicht mehr über Art. 2 I gerechtfertigt werden.

6. Ähnlich wie schon das BVerwG, beschränkt Bachof Art. 12 I 1 auf solche Tätigkeitsbereiche, die überhaupt einer privaten Tätigkeit offenstehen.⁵⁵ Er sieht die Gefahr einer Aushöhlung der Berufsfreiheit, will aber dennoch die Grenze zulässiger Monopolisierungen außerhalb der Grundrechtsgewährleistungen des Art. 12 I 1 finden,

52 Richtig Schick, S. 933; Köttgen, S. 43; zutreffend wendet sich Hamann, Rechtsstaat, S. 25, 28, dagegen, die Sozialstaatlichkeit als selbständige Ermächtigungsgrundlage zu betrachten.

53 Thieme, S. 284.

54 Constantinesco, siehe vorstehende F. 51; vgl. auch Thieme, S. 283 f.; Rings, S. 658.

55 Bachof, Freiheit, S. 200-202.

weil die Rechtfertigung über den Regelungsvorbehalt des Art.12 I 2 auf "eine ganz einschneidende Beschränkung der Zulässigkeit von Monopolen" hinauslaufen würde, wie sie jedenfalls dem "überlieferten Rechtsstand" nicht entspräche. Bachof glaubt, die Legitimation staatlicher Monopole darin zu finden, "daß Verwaltungsmonopole aller Art seit je ein fester Bestandteil der deutschen Rechts- und Wirtschaftsordnung sind und als solcher zu dem vom GG vorausgesetzten 'vorrechtlichen Gesamtbild' (Nawiasky) gehören." Das gelte nicht nur für den Fortbestand überlieferter, sondern auch für die Begründung neuer, durch die sich wandelnden sozialen Verhältnisse und Anschauungen erforderlich werdender Monopole.

Bachof liegt also daran, unbedingt dem "vorrechtlichen Gesamtbild" gerecht zu werden. Die Sicherung der Freiheitsrechte kümmert ihn offenbar weniger. Aus folgenden Gründen können wir ihm nicht folgen: Zunächst einmal ist eine Interpretation des Grundgesetzes i.S. des "vorrechtlichen Gesamtbildes", i.S. der "tragenden vorrechtlichen Gesamtidee"⁵⁶ nicht unbedenklich. Nawiasky meinte, eine volle Gewähr für die richtige Auslegung einer Rechtsnorm sei erst dann gegeben, wenn das gefundene Resultat durch das Zurückgehen auf die Grundvorstellungen des Rechtssetzers bestätigt werde. Für Nawiasky war nicht der objektive Wille des Gesetzes maßgeblich, sondern der subjektive Wille des Gesetzgebers.⁵⁷ Wir haben aber weiter oben schon erkannt, daß für die Grundgesetzauslegung gerade der objektive Gesetzeswille bedeutsam ist. Nawiaskys Interpretament ist also nur mit Vorsicht zu verwenden. Es dürfte kaum richtig sein, die Vorstellungen des Parlamentarischen Rates über die Zulässigkeit staatlicher Monopole als letztes Mittel richtiger Grundgesetzauslegung heranzuziehen, erst recht nicht, wenn die Sinndeutung des Grundgesetzes zu dem gegenteiligen Ergebnis führt.

Das BVerfG hat von dem "vorverfassungsmäßige(n) Gesamtbild" des GG gesprochen.⁵⁸ Indes wollte es sich damit nicht zur subjektiven Grundgesetzauslegung bekennen, sondern nur gewisse Leitideen heraus-

56 Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2. Aufl., Einsiedeln-Zürich-Köln 1948, S.137.

57 So ausdrücklich Nawiasky, S.132 (siehe vorstehende F.56).

58 BVerfG 2, S.380 (403).

stellen, die dem Verfassungsgesetzgeber vorschwebten, die er aber nicht in einem besonderen Rechtssatz konkretisierte. Das Verfassungsrecht - so führte das Gericht aus - bestehe nämlich nicht nur aus den Sätzen der geschriebenen Verfassung, sondern auch aus gewissen, sie verbindenden allgemeinen Grundsätzen und Leitideen des vorverfassungsrechtlichen Gesamtbildes. Das BVerfG leitete in der genannten Entscheidung das Rechtsstaatsprinzip aus einer Zusammenschau bestimmter grundgesetzlicher Vorschriften und überhaupt aus der Gesamtkonzeption der Verfassung ab. Auf diese Weise blieb es dem Prinzip objektiver Auslegung treu und konnte gleichwohl den Gedanken des vorverfassungsmäßigen Gesamtbildes fruchtbar verwenden.

Bachof behauptet zwar, daß die Verwaltungsmonopole zu dem vom Grundgesetz vorausgesetzten "vorrechtlichen Gesamtbild" gehören. Er beweist es jedoch nicht. Der Hinweis auf den "überlieferten Rechtsstand", darauf, daß die Verwaltungsmonopole seit je ein fester Bestandteil der deutschen Rechts- und Wirtschaftsordnung sind, besagt noch nicht, daß der Verfassungsgesetzgeber sich daran orientierte. Grundsätzlich wird man davon auszugehen haben, daß der Verfassungsgesetzgeber überkommenen Rechtsinstitute nicht einfach übernimmt, sondern sie einer "schöpferischen Redaktion" unterwirft.⁵⁹ - Sollte Bachof unter der Bezeichnung "vorrechtliches Gesamtbild" überhaupt nur den überlieferten Rechtsstand verstehen, dann hätte er Nawiasky allerdings mißverstanden. Die Interpretation i. S. des vorrechtlichen Gesamtbildes bedeutet nämlich nicht - dies mißversteht Badura⁶⁰ - daß ein früherer Rechtszustand von dem pouvoir constituant unangetastet übernommen wurde, sondern meint allein die Gesamtkonzeption des Verfassungsgebers. Diese kann dem "überlieferten Rechtsstand" entsprechen, kann aber auch grundsätzlich neu und andersartig sein.⁶¹

59 Badura, S. 339.

60 Badura, S. 339 F. 33.

61 Gegen Bachof auch Scheuer, S. 134 f., mit dem - allerdings schwachen - Argument: "Das vorrechtliche Gesamtbild ist nicht stets so eindeutig, daß es als brauchbarer Abgrenzungsmaßstab geeignet erscheint."

Bachof sieht eine Schranke für neue Monopolisierungen in der verfassungsrechtlichen Wertentscheidung für eine freie Berufsordnung als Ganzes, d.h. in der Eigenschaft des Art. 12 I als Grundsatznorm und in seinem Gehalt als Bestandsgarantie.⁶² Unter dem letzten Begriff versteht er den Bestand an objektiven Verfügungen einer bestimmten rechtlichen Einrichtung oder Ordnung, die in den Freiheitsrechten mitenthalten seien, also die "verfassungsrechtliche Festlegung und Gewährleistung 'objektiver Ordnungsvorstellungen' ". Da wir Bachofs Ausgangsthese ablehnen, brauchen wir auf seine Schrankenziehung nicht mehr im einzelnen einzugehen. Es sei nur angemerkt, daß sein Grenzkriterium so unbestimmt ist, daß es sich kaum fruchtbar verwenden läßt. Dem rechtsstaatlichen Erfordernis der Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit staatlicher Machtausübung entspricht es nicht, wenn der Staat, je nach Gutdünken, bestimmte Wirtschaftsbereiche monopolisiert, solange die Monopolisierungen sich nur nicht häufen oder ganze Wirtschaftszweige erfassen. Art. 12 I mag eine Art Institutsgarantie für eine freiheitliche Berufsordnung mitenthalten. Für die Grenzziehung ist sie indes nur von sekundärer Bedeutung. Vorab kommt es allein auf das subjektive öffentliche Freiheitsrecht und seine Schrankenziehung über den Vorbehaltssatz an.⁶³

Köttgen hat sich neuerdings für das Noten- und Postmonopol den Erwägungen Bachofs angeschlossen und eine Berufung auf das Grundrecht des Art. 12 I GG abgelehnt. Zwar seien diese Monopole nicht ausdrücklich verfassungsrechtlich zugelassen worden, aber keineswegs habe das GG diese hergebrachten Institute kommentarlos kassieren wollen.⁶⁴ Günther hatte dagegen einige Zeit zuvor die These Bachofs prinzipiell abgelehnt. Auch die Monopoltätigkeiten müßten "grundsätzlich" dem Berufsbegriff zugeordnet werden, andernfalls könnte der Staat durch eine zunehmende Monopolisierung die Berufsfreiheit mehr oder minder unwirksam machen.⁶⁵ Leider wendet der Verfasser diese richtige Einsicht nur auf zukünftige Monopole an, schließt sie

62 Bachof, Freiheit, S. 203, 165; Scheuer, S. 134 schließt sich Bachof an; vgl. auch Geiger, Sp. 1118. A. A. Thieme, S. 280 f.

63 So zutreffend Schick, S. 933.

64 Köttgen, S. 41.

65 M. Günther, Schranken der Berufsfreiheit, Diss. Erlangen 1959, S. 90.

indes für die herkömmlichen staatlichen Ausschlußstellungen aus. Für diese Ausnahme spreche, daß es sich bei den althergebrachten Monopolen, wie z.B. bei der Post und Bahn, nicht nur um reine Erwerbstätigkeiten handle, sondern daß hier die Versorgung der Bevölkerung als öffentliche Aufgabe im Vordergrund stehe. Diese Begründung hält indes einer Nachprüfung nicht stand. Der Staat wird bei den Verwaltungsmonopolen immer nichtfiskalische öffentliche Interessen verfolgen, auch in Zukunft. Die Herausnahme der Tätigkeiten vor konstitutioneller Verwaltungsmonopole aus dem Freiheitssatz in Art. 12 I 1 erscheint daher willkürlich. Auch Köttgen ist dieser Vorwurf zu machen.

7.a. Es ist erstaunlich, wie wenig sich die moderne Grundrechtsauslegung im Bereich staatlicher Monopole um die Freiheitsrechte der Bürger sorgt. An einer klaren Konzeption, wie die Verfassung auszulegen ist, fehlt es hier allenthalben. Der Blick wird verengt auf eine oder wenige Vorschriften der Verfassung. Die Schau des Ganzen geht dabei verloren. Die bisherige Übersicht über den Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur läßt erkennen, wie sorglos der Freiheitssatz in Art. 12 I 1 ausgelegt wird. Seine Tragweite wird geradezu nach Gutdünken bestimmt, je nachdem, welches Ergebnis man erzielen möchte.⁶⁶ Anstatt Art. 12 I 1 sinngemäß zu interpretieren, ihn im Zusammenhang insbesondere mit Art. 1 und 2 I GG zu sehen, wird die Vorschrift isoliert betrachtet. Manche Autoren scheinen Angst vor der Freiheit zu haben, engen sie doch den Freiheitssatz in Art. 12 I 1 geradezu wider bessere Einsicht ein.⁶⁷ Man kann doch nicht um der Konstruktion oder des Ergebnisses willen mit einem Grundrecht umherspringen wie mit einem Ball. So sagt Scheuer z.B. zur Problematik des Berufsverbots: "Am besten kommt man auch ihr über den Berufsbegriff bei. Wenn eine Tätigkeit überhaupt aus besonderen (welchen?) Erwägungen ausgeschlossen werden muß, so handelt es sich in aller Regel gar nicht um eine berufliche."

66 Z.B. Kruchen, S. 37 : Der Bau und Betrieb öffentlicher Eisenbahnen in Deutschland gelte "als natürliches Betätigungsgebiet des Staates und damit nicht als 'Beruf' i.S. von Art. 12 GG."

67 Bachof, Freiheit, S. 200 ff., Scheuer, S. 79, 134.

Es nimmt nicht wunder, daß er in bezug auf die Staatsmonopole ebenso sorglos verfährt : Entweder - so meint er - wende man Art. 12 GG überhaupt nicht an, oder man versuche, das Monopol als zulässige Einschränkung zu rechtfertigen.⁶⁸ Von vornherein von einem " Entweder - Oder " zu sprechen, ist m.E. grundfalsch. Die Sinndeutung des Art. 12 I 1 ergibt nämlich, daß hier tatsächlich nur ein Weg richtig ist, nämlich die Einbeziehung aller staatsmonopolistischen Tätigkeiten in Art. 12 I 1.⁶⁹

b. Es wundert auch, daß seit dem Erlass des Apothekenurteils der Freiheitssatz in Art. 12 I 1 in der verfassungsrechtlichen Literatur weiterhin eng ausgelegt wird. Das trifft nicht nur für den Bereich der Staatsmonopole zu. Darüber hinaus werden - wie schon früher - weitere Einschränkungen vorgenommen. Die restriktive Interpretation ist zwar größtenteils auf den Mangel einer richtigen Grundrechtskonzeption zu rückzuführen. Soweit die Literatur aber unmittelbar auf das Apothekenurteil rekurriert, knüpft sie zum Teil an dort enthaltene Formulierungen an, die in der Tat die Frage aufwerfen, ob nicht das BVerfG selbst Art. 12 I 1 von vornherein mit Einschränkungen versieht. Wegen der grundsätzlichen Problematik ist es notwendig, hier über den engeren Fragenkreis der Staatsmonopole einmal hinauszugreifen. Das BVerfG stellte fest, Art. 12 I ziele "auf den Schutz der - wirtschaftlich sinnvollen - Arbeit", die es als "Beruf" sehe, "d.h. in ihrer Beziehung zur Persönlichkeit des Menschen im ganzen, die sich erst darin voll ausformt und vollendet, daß der einzelne sich einer Tätigkeit widmet, die für ihn Lebensaufgabe und Lebensgrundlage ist und durch die er zugleich seinen Beitrag zur gesellschaftlichen Gesamtleistung erbringt."⁷⁰ Bachof und Welsch meinen, das BVerfG habe mit diesem Satz die weite Definition

68 Scheuer, S. 134 ; so auch Bachof, Freiheit, S. 200.

69 Welsch läßt die Frage offen, wo die verfassungsrechtlichen Grenzen staatlicher Monopole zu finden sind. Auf S. 16 f. sagt er: "Die Zulässigkeit von Monopolen ist grundsätzlich zu bejahen. Sie findet ihre Stütze teils im GG selbst, teils aber beruht sie auf der Ausnützung der staatlichen Finanzkraft...". Das ist falsch. Die Grenzen der Zulässigkeit staatlicher Monopole ergeben sich allein aus dem Grundgesetz.

70 BVerfG 7, S. 377 (397).

des Berufsbegriffs i.S.jeder beliebigen Erwerbstätigkeit eingeschränkt.⁷¹ Daher könnten unerlaubte und strafbare Betätigungen, die auf einen "sozialunwertigen Erfolg" gerichtet seien, nicht beruflich ausgeübt werden.⁷² Die an Art.2 I (Nachsatz) zu messenden Strafgesetze befänden darüber, wann eine Tätigkeit unerlaubt und strafbar sei. Welsch unterscheidet ausdrücklich zwischen "schlecht-hin unrechtmäßigen Betätigungen, die überhaupt nicht zum Gegenstand eines Erwerbes gemacht werden können und Tätigkeiten, die zwar zulässig, aber im Falle einer Gewerbsmäßigkeit verboten und strafbar sind (z.B. Glücksspiel) oder ... nur bei Fehlen einer behördlichen Erlaubnis ... (z.B. Lotterie)." M.E. läßt die Wendung "wirtschaftlich sinnvolle(n) Arbeit", die das BVerfG gebraucht, nicht die weitgehenden Schlußfolgerungen zu, die Bachof und Welsch daraus ableiten wollen. Kurz zuvor bestimmte das Gericht den Begriff "Beruf" zutreffend als "jede Tätigkeit", die der Bürger zur Grundlage seiner Lebensführung machen will. Wenn es zwei Sätze später sagt, das Grundrecht zielle auf den "Schutz der - wirtschaftlich sinnvollen - Arbeit", dann kennzeichnet das Gericht den Berufsbegriff nicht mehr, sondern denkt an die Grundrechtsgarantie, also nicht allein an den Freiheitssatz in Art.12 I 1, der das Zuviel enthält, das die Verfassung dem Bürger gar nicht gewähren will, sondern auch an Art.12 I 2, an den Vorbehaltssatz. Wollte das BVerfG den Berufsbegriff einschränken, so hätte es dies wohl kaum in Gedankenstrichen mit zwei sehr vagen und vieldeutigen Worten versucht, sondern sich um eine präzisere Abgrenzung bemüht. Zudem hätte es zuvor wohl kaum in apodiktischer Form von "jede(r) Tätigkeit" gesprochen, ohne hier schon auf eine erst später folgende erhebliche Einschränkung aufmerksam zu machen. Allerdings hat das Gericht, wie erinnerlich, u.a. die vom einzelnen frei gewählten "untypischen (erlaubten) Betätigungen" als Beruf qualifiziert. Daraus könnte auf eine Einschränkung des Freiheitssatzes in Art.12 I 1 geschlossen werden. Der Anhaltspunkt ist jedoch sehr dürftig, da völlig ungewiß

71 Bachof, Freiheit, S.181 ; Welsch, S.13.

72 Bachof, Freiheit, S.181, beruft sich auf Klein, vMK, Art.12, Anm.III 2, der schon vor dem Apothekenurteil diese Auffassung vertreten hat.

ist, an welche Erlaubnis - Erfordernisse das BVerfG gedacht hat. M.E. ist der Freiheitssatz und damit der Berufsbegriff so weit wie möglich auszulegen. Das Freiheitsrecht würde weithin illusorisch, wenn über den Berufsbegriff - und sei es nur auf dem Sektor "untypischer Berufe" - irgendwelche Einschränkungen vorgenommen würden. Einschränkungen der Grundrechte sind nämlich nur über die Vorbehaltssätze möglich, die Freiheitssätze sind denkbar weit auszulegen. Nur das entspricht der Idee der Menschenwürde. Darum muß hier einmal mit aller Deutlichkeit gesagt werden, daß schlechthin jede Tätigkeit, sei sie typisch oder untypisch, als Beruf anzusprechen ist. Auch kriminelle Tätigkeiten können beruflich ausgeübt werden. So üben der professionelle Totschläger oder Dieb z.B. einen Beruf i.S. des Art. 12 I 1 aus.⁷³ Ob diese Berufe von der Verfassung garantiert werden ist eine ganz andere Frage, die nur unter Heranziehung des Vorbehaltssatzes in Art. 12 I 2 beantwortet werden kann.

Das BVerfG stellte im Apothekenurteil nicht klar, ob staatlich monopolisierte Tätigkeiten von vornherein dem Berufsbegriff zuzurechnen sind, also vom Freiheitssatz des Art. 12 I 1 erfaßt werden. Zwar spricht es von Berufen, die Tätigkeiten wahrnehmen, die nach heutigen Vorstellungen der organisierten Gemeinschaft, in erster Linie dem Staate vorbehalten bleiben müssen. Damit meint es jedoch nur unselbständige, staatsabhängige Berufe. Unerörtert bleibt die wichtige Frage, ob Art. 12 I 1 auch die selbständige Besorgung solcher Tätigkeiten einbezieht, die staatlich monopolisiert sind. Der weite Berufsbegriff des Gerichts erlaubt es, diese Frage zu bejahen. Leider vertritt die h.M. im Schrifttum die gegenteilige Ansicht und legt Art. 12 I 1 restriktiv aus. Das mag zum Teil vielleicht auf eine neuere Entscheidung des BVerfG zurückzuführen sein. In BVerfGE 11, S. 40 heißt es, daß "dort, wo die staatliche Organisationsgewalt bestimmend sein muß, das Grundrecht der Berufsfreiheit nicht die Freiheit des Zugangs zum Beruf umfassen kann." Darin könnte eine Einschränkung des Art. 12 I 1 erblickt werden, ohne daß erst Art. 12 I 2 bemüht zu werden brauchte. Sollte das der Fall sein, dann müßten wir, um der sinngemäßen Interpretation willen,

73 Richtig Hamann, NJW 1958, S. 1803

widersprechen. Die extensive Auslegung erfordert eine weite Ausdeutung des Art. 12 I 1, also auch die Einbeziehung der Monopoltätigkeiten.⁷⁴

c. Indem wir jede einengende Interpretation des Freiheitssatzes in Art. 12 I 1 ablehnen, beziehen wir Stellung gegen die Immanenzlehren, die auf verschiedene Weise versuchen, den Freiheitsrechten Schranken zu setzen, die im Grundgesetz nicht ausdrücklich erwähnt sind. Da der Begriff des Immanenten nicht eindeutig ist und insbesondere im Schrifttum in durchaus verschiedenem Sinne gebraucht wird, wurde er in dem Rechtsprechungs- und Schrifttumsüberblick nicht verwandt. Alle Auffassungen, die die staatlichen Monopoltätigkeiten aus dem Berufsbegriff und damit aus dem Freiheitssatz in Art. 12 I 1 ausklammern, verkünden im Grunde die Lehre immanenter Grundrechtsschranken. So spricht Klein z.B. von immanenten sachlichen Gewährleistungsschranken und sagt, die Freiheit der Berufswahl sei sachlich-immanent dadurch eingeschränkt, daß nur solche Betätigungen dem grundrechtlichen Schutz unterfielen, die nicht ausschließlich vom Staat wahrzunehmen seien. Ebenso zählt er die über die Berufsbildlehre erfolgenden Einschränkungen zu den immanenten sachlichen Gewährleistungsschranken.⁷⁵ Auf die verschiedenartigen Ausprägungen der Lehre immanenter Grundrechtsschranken kann hier nicht eingegangen werden. Das würde zu weit führen und wäre für das Ergebnis zu Art. 12 I 1 doch nicht fruchtbar. Obgleich die Vertreter der Immanenzlehren zäh an ihr festhalten, wird man sie als verfassungswidrig ablehnen müssen. Sie lassen sich wegen der strikten Bindung aller staatlichen Gewalt an die Grundrechte (Art. 1 III) nicht rechtfertigen. Allein über die Vorbehaltssätze in den Grundrechtsnormen dürfen Einschränkungen der Freiheitssätze erfolgen. Nur das entspricht dem rechtsstaatlichen Gebot der Berechenbarkeit und Vorausssehbarkeit staatlicher Machtäußerungen. Die Immanenzlehren gehen unzutreffend von der Vorstellung aus, daß im Bereich immanenter Schranken überhaupt keine Eingriffe in Freiheitsrechte möglich

74 So richtig Peter Schneider, Rechtsgutachten, S. 53 f.; vgl. auch Schick, S. 932, Badura, S. 338 ff.

75 Klein, vMK, Art. 12, Anm. V 2 a.

sind. M.E. sind die Freiheitssätze aus den oben dargelegten Gründen denkbar weit zu interpretieren. Die erforderlichen (zulässigen) Einschränkungen sind nur über die Vorbehaltssätze möglich. Scheuner meint zwar, zu den über den einzelnen Grundrechtssätzen stehenden Prinzipien wie Art. 1 I, 2 I, 3 I gehöre auch der rechtliche Grundsatz, daß jedes Grundrecht neben den ausdrücklich im Grundgesetz aufgeführten oder zugelassenen Einschränkungen "speziellen in seiner geistesgeschichtlichen Entwicklung begründeten immanenten Schranken" unterliege.⁷⁶ Das ist eine Behauptung, die es erst noch zu beweisen gilt. Mit Recht sagt Krüger, die Immanenzlehre habe den Beweis noch nicht geführt, daß das Grundgesetz solche Schranken kenne oder zulasse.⁷⁷ Und Hamann ist voll zuzustimmen, wenn er die Immanenzlehre ablehnt, weil sie "zu einer mit dem GG unvereinbaren Relativierung und damit zur völligen Entwertung aller Grundrechte führt".⁷⁸ Die Grundrechte dürfen nur über die ihnen beigefügten Gesetzesvorbehalte eingeschränkt werden. Ob dabei auch auf die Schrankentrias in Art. 2 I (Nachsatz) zurückgegriffen werden darf, ist eine andere, hier noch offengelassene Frage. Falls sie zu bejahen ist, handelt es sich aber nicht um Schranken, die den Grundrechten von vornherein immanent sind, sondern um konstitutive Eingriffe in die grundsätzlich weit auszulegenden Freiheitssätze.

Da die staatlichen Monopole die Berufsfreiheit in Art. 12 I 1 einschränken, ist nun die schwierige Frage zu beantworten, unter welchen Voraussetzungen Art. 12 I 2 diese Eingriffe gestattet.

IV. Der Vorbehaltssatz in Art. 12 I 2.

Da die folgenden Überlegungen zur Zulässigkeit staatlicher Verwaltungsmonopole auf dem Apothekenurteil aufbauen, erscheint es unerläßlich, zunächst kurz zu skizzieren, was das BVerfG, insbesondere zu Art. 12 I 2, ausführte. Sodann gilt es, seine Auslegung unter Einbeziehung eigener und fremder Kritik zu würdigen und zugleich den Boden für die weiteren Erörterungen zu bereiten.

76 Scheuner, Grundfragen des modernen Staates, in: Recht-Staat-Wirtschaft, 3. Bd., Düsseldorf 1951, S. 159.

77 Krüger, Neues zur Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung und deren Schranken, NJW 1955, S. 201 f.

78 Hamann, Kom., Anm. 8 vor Art. 1; vgl. auch P. Schneider, In dubio, S. 286 F. 69. Eine gute Übersicht über den Meinungsstand bei Lerche, Übermaß, S. 103 ff.

1. Art.12 I 2 bestimmt : "Die Berufsausübung kann durch Gesetz geregelt werden." Der Wortlaut läßt darauf schließen, daß Eingriffe in Art.12 I 1 nur bei der Berufsausübung, nicht aber bei der Berufswahl gestattet sind. Das EVerfG meint indessen, das könne nicht der Sinn der Bestimmung sein, da sich die Begriffe "Wahl" und "Ausübung" nicht so trennen ließen, daß jeder von ihnen nur eine bestimmte zeitliche Phase des Berufslebens bezeichne, die sich mit der anderen nicht überschneidet. Vielmehr stelle die Aufnahme der Berufstätigkeit sowohl den Anfang der Berufsausübung, wie die sich gerade hierin äußernde Betätigung der Berufswahl dar. Ebenso seien der in der laufenden Berufsausübung sich ausdrückende Wille zur Beibehaltung des Berufs und die freiwillige Beendigung der Berufsausübung zugleich Akte der Berufswahl. Art.12 I 2 erstrecke sich dem Grunde nach sowohl auf die Berufsausübung wie auf die Berufswahl. Nur diese Auslegung entspreche der Lebenswirklichkeit und führe zu rechtlich einleuchtenden Ergebnissen. Aus Art.74 Ziff.19 und der Entstehungsgeschichte zu Art.12 I könne gefolgert werden, daß Einschränkungen der Berufswahl nicht schlechthin unzulässig seien. Es bleibe jedoch der am Wortlaut des Art.12 I 1 deutlich zum Ausdruck kommende Wille der Verfassung zu beachten, daß die Berufswahl frei sein solle, die Berufsausübung hingegen geregelt werden dürfe. Daraus folge, daß die Regelungsbefugnis des Gesetzgebers die beiden "Phasen" nicht in gleicher Intensität erfasse, sondern daß der Gesetzgeber um so stärker beschränkt sei, je mehr er in die Freiheit der Berufswahl eingreife. Diese Auslegung entspreche auch den Grundauffassungen des Grundgesetzes und dem von ihm vorausgesetzten Menschenbild.⁷⁹

Entgegen der Auffassung von Scheuner und Ipsen mißt das EVerfG dem Ausdruck "regeln" in Art.12 I 2 nicht die Bedeutung bei, daß der Gesetzgeber hier einen weiteren Ermessensspielraum habe als beim sonstigen allgemeinen Gesetzesvorbehalt. Das Freiheitsrecht würde entwertet, wenn die Legislative, die doch ihrerseits an das Grundrecht gebunden sei (Art.1 III), seinen Inhalt konstitutiv bestimmen dürfe. Es entspreche auch nicht der Bedeutung gerade dieses

⁷⁹ EVerfG 7, S. 401 f.

Grundrechts,verträge sich kaum mit der besonderen Betonung der freien Berufswahl in Satz 1 und auch nicht mit der Gesamttendenz des Grundrechtsabschnitts.Unter "regeln" versteht das Gericht weniger eine Einschränkung der Berufsfreiheit von außen,als vielmehr eine nähere Bestimmung der Grenzen von innen her,nämlich der im Wesen des Grundrechts selbst angelegten Grenzen.⁸⁰

Das BVerfG wägt sodann Freiheits- und Vorbehaltssatz gegeneinander ab.Es geht davon aus,daß das Grundrecht die Freiheit des Individuums,der Regelungsvorbehalt hingegen Gemeinschaftsinteressen schützen soll.Beiden Forderungen will das Gericht durch eine differenzierte Regelung der staatlichen Eingriffsmöglichkeiten gerecht werden.Es stuft zu diesem Zweck die Eingriffe des Gesetzgebers im Art.12 I 1 nach ihrem Stärkegrad ab.Danach kann die Freiheit der Berufsausübung beschränkt werden,wenn und soweit vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls es zweckmäßig erscheinen lassen.Der Grundrechtsschutz beschränkt sich auf die Abwehr in sich verfassungswidriger,weil etwa übermäßig belastender und nicht zumutbarer Auflagen.Die Freiheit der Berufswahl darf jedoch nur eingeschränkt werden, "soweit der Schutz besonders wichtiger ('überragender') Gemeinschaftsgütern es zwingend erfordert,d.h. soweit der Schutz von Gütern in Frage steht,denen bei sorgfältiger Abwägung der Vorrang vor dem Freiheitsanspruch des einzelnen eingeräumt werden muß und soweit dieser Schutz nicht auf andere Weise, nämlich mit Mitteln, die die Berufswahl nicht oder weniger einschränken,gesichert werden kann."⁸¹

Das BVerfG unterscheidet die Eingriffe in die Freiheit der Berufswahl danach,ob sie durch Aufstellung subjektiver oder objektiver Zulassungsvoraussetzungen erfolgen.Für die subjektiven Voraussetzungen gelte das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in dem Sinn,daß sie zu dem angestrebten Zweck der ordnungsmäßigen Erfüllung der Berufstätigkeit nicht außer Verhältnis stehen dürfen. Objektive Zulassungsvoraussetzungen seien hingegen nur zur "Abwehr nachweisbarer oder höchswahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut" erlaubt.⁸²

80 BVerfG 7,S.403 f.

81 BVerfG 7,S.404 f.

82 BVerfG 7,S.405 ff. (407 f.).

2.a. Das BVerfG entwickelt die soeben vorgetragene Stufentheorie, ohne ausdrücklich auf die wichtige Sperrvorschrift in Art.19 II zurückzugreifen. Es ist der Ansicht, daß schon seine dem Sinn des Grundrechts Rechnung tragende Auslegung zu einer sachgemäßen Begrenzung der Regelungsbefugnis des Gesetzgebers führt.⁸³

Art.19 II ist m.E. eine so fundamentale Vorschrift, daß sie immer im Zusammenhang mit den Vorbehaltssätzen in den Grundrechtsnormen gesehen werden muß. Es fragt sich, ob das BVerfG Art.19 II beachtet hat.

Art.19 II bestimmt: "In keinem Fall darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden." Diese im deutschen Verfassungsrecht neuartige Vorschrift will jeder Grundrechtsausschöhlung entgegenwirken, indem sie den Wesensgehalt der Freiheitsrechte jeder Disposition des Gesetzgebers entzieht. Bis heute besteht allerdings keine Übereinstimmung in Rechtsprechung und Schrifttum, wie Art.19 II auszulegen ist.

Zunächst streitet man darüber, ob unter "Grundrecht" i.S. dieser Vorschrift das subjektiv-öffentliche Freiheitsrecht gemeint ist oder nur die Grundrechtsnorm in ihrer sozialen Bedeutung. Die Frage lautet, ob Art.19 II die völlige Entziehung eines Grundrechts im Einzelfall verbietet (Individualtheorie) oder ob er nur verhindern will, daß der Wesenskern eines Grundrechts als eines objektiven Rechtssatzes angetastet wird (Sozialtheorie).⁸⁴ Richtig dürfte allein die Auffassung sein, die unter Grundrecht vornehmlich das subjektive öffentliche Recht begreift. Zwar ist auch das Freiheitsrecht in seiner sozialen Bedeutung gemeint, doch ist die Sozialwirkung nicht ausschlaggebend, sondern als "Reflexwirkung" (P.Schneider) nur mittelbar erheblich.

Sodann geben die Meinungen über Begriff und Inhalt des Ausdrucks "Wesensgehalt" in Art.19 II auseinander.⁸⁵ Zivier hat nachgewiesen, daß Wortlaut und Zweck der Vorschrift für den logischen Wesensbegriff sprechen. Der Wesensgehalt sei "das notwendig Bestimmende

83 BVerfG 7, S.408 f.

84 Zum Stand der Meinungen ausführlich Zivier, S.4 ff., 36 ff.; P.Schneider, Nochmals Verfassungswidrigkeit, S.43 ff.

85 Zivier, S.10 ff.; P.Schneider, Nochmals Verfassungswidrigkeit, S.43 ff.

eines jeden Grundrechts, das, was man in seinem Begriff festlegen will oder muß, das Ausschlaggebende an ihm, die Hauptsache".⁸⁶ Die überwiegende Meinung in Rechtsprechung und Literatur bestimmt den Wesensgehalt nach quantitativen Gesichtspunkten.⁸⁷ Ein bestimmter Rest der Freiheit muß danach dem Grundrechtsträger erhalten bleiben. Diese Auffassung ist unhaltbar. Klein hat gezeigt, daß in allen Rechtsstaaten Grundrechtseinschränkungen bestehen, die das Bestimmungsrecht des einzelnen vollkommen aufheben.⁸⁸ So wird man kaum ernsthaft behaupten wollen, daß lebenslange Freiheitsstrafen oder die Entziehung des elterlichen Sorgerechts verfassungswidrig sind, obgleich diese Beschränkungen von den entsprechenden Grundrechtsfreiheiten nichts mehr übrig lassen. Das Quantum an tatsächlich bestehender Freiheit des einzelnen ist also nicht das Entscheidende an einem Grundrecht, da diese Freiheit u.U. bis auf den Nullpunkt reduziert werden kann. M.E. trifft die Ansicht von P. Schneider und E. Zivier zu, wonach der Wesensgehalt mit dem Garantiegehalt identisch ist.⁸⁹ Im Rechtsstaat besteht auf jedem grundrechtlich gesicherten Gebiet eine Freiheitsgarantie. Sie kann nicht entzogen werden. Diese Garantie ist das Ausschlaggebende, mithin das Wesentliche an dem Grundrecht. Freilich heißt das nicht, daß dem Grundrechtsträger in jedem Fall die volle Freiheit oder auch nur ein bestimmtes Mindestmaß erhalten bleiben muß. Das beweisen die eben angeführten Beispiele. Auch dem lebenslänglich Eingesperrten garantiert Art. 2 II 2 die Bewegungsfreiheit. Indes besteht die Garantie nicht in dem Rest an Freiheit, die dem Rechtsbrecher hinter Schloß und Riegel noch verbleibt, sondern darin, daß ihm die volle Freiheit überhaupt nur unter ganz bestimmten gesetzlich geregelten Voraussetzungen genommen werden durfte.

Der Wesensgehalt eines Grundrechts ist dann verletzt, wenn der Eingriff so beschaffen ist, daß ein Merkmal des Garantiebegriffs wegfällt. Zum Begriff der Rechtsgarantie gehören in formeller Hin-

86 Zivier, S. 53, 56 f.

87 Z.B. E.R. Huber, DÖV 1956, S. 142.

88 Zivier, S. 61.

89 Diese und die folgenden Gedanken stimmen mit denjenigen von P. Schneider, Nochmals Verfassungswidrigkeit, S. 43 ff. und E. Zivier, S. 46 ff. überein.

sicht Durchsetzbarkeit und Berechenbarkeit. Der Grundrechtsträger muß also seine Freiheit, soweit sie keiner zulässigen Beschränkung unterliegt, auch gegen den Willen der Staatsgewalt verwirklichen können. Sodann muß er von vornherein wissen oder wenigstens berechnen können, wo die Grenzen seiner Freiheit liegen. Die formellen Gesichtspunkte der Durchsetzbarkeit und Berechenbarkeit geben keinen Aufschluß darüber, worin der materielle Inhalt der Grundrechtsgarantie besteht. Sie zwingen den Gesetzgeber zwar, die Eingriffsvoraussetzungen konkret zu fassen, überlassen es ihm jedoch, das Ausmaß der Eingriffe in die Freiheitsrechte zu bestimmen. Was die Grundrechte in ihrem ausschlaggebenden, also wesentlichen Gehalt garantieren, läßt sich nur im Wege der sinngemäßen Interpretation der Freiheitsrechte feststellen. "Soweit Art. 19 II den materiellen Garantiegehalt betrifft, enthält er einen Befehl zur sinngemäßen Interpretation der Grundrechte." 90

b. Das BVerfG hat im Apothekenurteil dem Gebot sinngemäßer Auslegung im wesentlichen entsprochen. Seine oben referierte Stufentheorie steht mit Art. 19 II im Einklang. An drei Problemkreisen, die gerade im Hinblick auf die Zulässigkeit staatlicher Verwaltungsmonopole höchst bedeutsam sind, soll das noch näher erwiesen werden. Es geht 1. um die Tragweite des Art. 12 I 2, 2. um die Ausdeutung des Begriffs "regeln" und 3. um die Grundsätze der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit.

aa. Das BVerfG rechtfertigt nicht nur staatliche Eingriffe in die Berufsausübung, sondern auch solche in die Berufswahl über den Gesetzesvorbehalt in Art. 12 I 2. Es betrachtet nicht nur den Freiheitssatz in Art. 12 I 1 als Spezialnorm zum Freiheitssatz in Art. 2 I (Vorsatz), sondern sieht auch die Vorbehaltssnormen in der gleichen Beziehung. Man könnte einwenden, die wort- und sinngetreue Auslegung des Art. 12 I 2 werde verlassen, wenn der Gesetzgeber über diese Bestimmung in die Berufswahl eingreift. Von einer Ausübungsregelung könne keine Rede mehr sein. Die Ausübung setze doch gerade die freie Berufswahl voraus. Ihre Regelung dürfe deshalb niemals so weit gehen und die "Substanzverwirklichung" hindern, sondern

90 Zivier, S. 75 ff., hat die Methode der Bestimmung des materiellen Wesensgehaltes der Freiheitsrechte in seiner Dissertation ausführlich beschrieben.

allenfalls die "Modalitätsverwirklichung" bremsen. Wollte man auf diese Weise die Möglichkeit von Eingriffen in die Freiheit der Berufswahl über den Vorbehaltssatz in Art. 12 I 2 ausschließen, so bliebe das gleiche Problem zu lösen, wie wir es schon von den Art. 4 I, II, 5 III und 8 I her kennen. In den genannten Vorschriften werden Grundrechte garantiert, ohne daß Einschränkungen vorgesehen sind. Es gibt aber Lagen, in denen zum Schutz erheblicher Gemeinschaftsgüter Eingriffe auch in diese scheinbar grenzenlosen Grundrechte notwendig sind. So wird man z. B. Beschränkungen der Versammlungsfreiheit wegen Seuchengefahr für zulässig halten müssen, obwohl Art. 8 I diese Eingriffe nicht gestattet. In diesen Fällen liegen Verfassungslücken vor. Zwar zeigt das GG eine "Tendenz zur normativ lückenlosen Verfassung",⁹¹ aber die sinngemäße Interpretation auch dieser scheinbar grenzenlosen Freiheitsrechte zeigt, daß das GG hier keine ausreichende Regelung getroffen hat. Es liegen keine offenen, sondern verborgene Lücken vor. Der Verfassungsgesetzgeber hat nicht bewußt die Frage unbeantwortet gelassen, ob die genannten Grundrechte überhaupt eingeschränkt werden dürfen. Er hat vielmehr vergessen, hier Vorbehaltssätze in das GG einzufügen. Um auch bei den schrankenlosen Grundrechten dem Gemeinwohl Eingang zu verschaffen, wird man auf die Schrankentrias in Art. 2 I zurückgreifen müssen. Gleiches würde für Berufswahlregelungen gelten, falls man ihre Zulässigkeit über Art. 12 I 2 verneinen wollte. Allerdings wäre nur mit Vorsicht auf die Schranken in Art. 2 I zu rekurrieren. Das Fehlen von Gesetzesvorbehalten bei einzelnen Freiheitsrechten ist nämlich zunächst einmal als verfassungserhebliche Aussage gegen jede Einschränkung zu werten. Daraus folgt dann aber ein Gebot restriktiver Auslegung der subsidiär anwendbaren allgemeinen Schranken in Art. 2 I. Bei den übrigen Freiheitsrechten ist wegen der Spezialschranken ein Rückgriff auf Art. 2 I in aller Regel nicht möglich.

M. E. hat das BVerfG wegen der Verquickung von Berufswahl und -ausübung mit Recht auch die Problematik der Einschränkung der Berufswahl in Art. 12 I 2 einbezogen. Ein Rückgriff auf den Vorbehalts-

91 Dirig, Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat, JZ 1953, S. 193.

satz in Art.2 I erübrigt sich also.

bb. Die Deutung des Begriffs "regeln" in Art. 12 I 2 durch das BVerfG trifft das Richtige. Die übermäßig weite Auslegung durch Ipsen und Scheuner läuft in der Tat auf eine Aushöhlung des Freiheitsrechts hinaus. In einer Abhandlung zum Apothekenurteil bezeichnete Scheuner die Stellungnahme des BVerfG zum Terminus "regeln" als "nicht ganz glücklich". Er verteidigte seine frühere Meinung und sagte, das Gericht ziehe einen "unklare Vergleich" mit dem "sonstigen allgemeinen Gesetzesvorbehalt", den es in dieser allgemeinen Form bei der Verschiedenheit der Gestaltung der Grundrechte nicht gebe. Das Gericht gehe über den naheliegenden Vergleich zu Art.14 I 2 mit Schweigen hinweg und werde damit dem Problem des im GG so differenziert geformten Gesetzesvorbehalts nicht gerecht.⁹² Neuerdings hat auch Lerche die Ansicht des BVerfG abgelehnt und Scheuners Auffassung für grundsätzlich richtig befunden.⁹³ M.E. dürfen die Vorbehaltssätze in Art.12 I 2 und 14 I 2 nicht so weit ausgelegt werden, wie die genannten Autoren es wollen. Auch hier geht es doch um Grundrechte, die den Gesetzgeber binden. Es ist unzulässig, die verschiedenartigen Formulierungen in den speziellen Gesetzesvorbehalten überzubetonen. Ob nun von "eingreifen" (Art.2 II 3), "regeln" (Art.4 III 2, 12 I 2), "beschränken" (Art.8 II) oder "einschränken" (Art.11 II) gesprochen wird, ist doch prinzipiell gleich. Immer geht es darum, daß der Gesetzgeber in ein denkbar weit gefaßtes Freiheitsrecht eingreift. Der einfache Gesetzgeber ist bei allen Grundrechten, auch bei Art.12 I und 14 I, gleichermaßen an einen ihm vorgegebenen Gehalt gebunden. Ihm steht es nicht frei, bestimmte Grundrechte von vornherein in einem weiteren Ausmaß zu beschränken als andere. Diese text- und sinngetreue Konzeption von den grundrechtlichen Schranken steht im Widerspruch zu all den Lehren, die, in zum Teil sehr verfeinerter Form, die Vorbehaltssätze nach der Eingriffsintensität gruppieren, sich darüber hinaus weitere Beschränkungen einfallen lassen, sie systematisieren und so die Grund-

92 Scheuner, DVBl 1958, S.848.

93 Lerche, Übermaß, S.107, 111.

rechte in unzulässiger Weise aushöhlen.⁹⁴

cc. Die Stufentheorie des EVerfG beruht ganz wesentlich auf den Grundsätzen der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit. Man kann sie unter dem Oberbegriff "Übermaßverbot" zusammenfassen.⁹⁵ Sie befinden darüber, ob und wie weit zum Zwecke der Wahrung verfassungserheblicher Gemeinwohlinteressen die Berufsfreiheit eingeschränkt werden darf. Sie bestimmen so die Grenzen staatlicher Eingriffe.

Nach dem Grundsatz der Erforderlichkeit ist eine Grundrechtseinschränkung nur erlaubt, wenn sie wirklich notwendig ist. Das ist dann nicht der Fall, wenn dem Gemeinwohl bereits in der Freiheit genügend Rechnung getragen wird. Sollte jedoch ein Eingriff notwendig sein, dann gibt das Erforderlichkeitsprinzip die Antwort darauf, welcher Eingriff gestattet ist: Grundrechtseinschränkungen als Mittel zur Wahrung verfassungserheblicher Gemeinwohlinteressen können die Freiheit in verschieden starkem Ausmaße beeinträchtigen. Das Erforderlichkeitsprinzip begrenzt die Mittel. Nur solche zur Erreichung des übergeordneten Gemeinwohlzweckes geeigneten Eingriffe sind gestattet, die die am wenigsten einschneidenden Folgen verursachen. Alle schärferen Eingriffe sind verfassungswidrig.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit mißt Mittel, und Zweck im Verhältnis zueinander. Danach darf die Anwendung eines bestimmten Mittels zur Erreichung eines bestimmten Zweckes diesem gegenüber nicht unangemessen sein. Grundrechtseingriffe als Mittel zur Wahrung verfassungserheblicher Gemeinwohlinteressen dürfen die Grundrechte also nicht unverhältnismäßig stark einschränken.

Sowohl das Erforderlichkeits- als auch das Verhältnismäßigkeitsprinzip verlangen einen Maßstab, an dem gemessen werden kann, wann ein Eingriff erforderlich bzw. wann er verhältnismäßig ist. Die Ermittlung des am wenigsten einschneidenden Eingriffs dürfte i. d. R. nicht allzu kompliziert sein. Die Frage, ob ein Mittel dagegen verhältnismäßig ist, birgt erhebliche Schwierigkeiten. Lerche verweist

94 So z.B. Klein, VMK, Vorb. B XV, neuerdings Lerche, Übermaß, S. 106 ff.

95 So z.B. Lerche, Übermaß ; Zippelius, Das Verbot übermäßiger gesetzlicher Beschränkungen von Grundrechten, JvBl. 1956, S. 353, identifiziert das Übermaßverbot mit dem Erforderlichkeitsprinzip, Dürig, AÖR 81 (1956), S. 146, mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip.

als Maßstab der Abgrenzung auf das "Leitbild der Verfassung".⁹⁶ Dieser allgemeine Hinweis hilft jedoch kaum weiter. Ob ein Grundrechtseingriff dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entspricht, vermag man nur auf Grund einer Güterabwägung zu entscheiden. Das Freiheitsrecht, in das eingegriffen wird, und das verfassungserhebliche Gemeinschaftsgut, zu dessen Wahrung der Eingriff erfolgt, sind gegeneinander abzuwägen. Aus dem Gewichtsverhältnis beider Schutzgüter zueinander, unter Berücksichtigung des jeweiligen Gefährdungsgrades der Gemeinwohlgüter, ist der Maßstab dafür zu entnehmen, wie weit das Freiheitsrecht eingeschränkt werden darf. Ein nicht erforderlicher Eingriff ist regelmäßig unverhältnismäßig. Ein erforderlicher Eingriff wird meist auch verhältnismäßig sein. Er muß es jedoch nicht sein; es gibt auch erforderliche, aber nicht verhältnismäßige Eingriffe. Das ist z.B. der Fall, wenn einfache, also nicht sehr wichtige, verfassungserhebliche Gemeinwohlinteressen nur mit außerordentlich nachhaltigen Beschränkungen der Berufsfreiheit gewahrt werden können.

Das BVerfG trägt im Apothekenurteil dem Erforderlichkeitsprinzip bei Eingriffen in die Berufswahl Rechnung. Die Freiheit der Berufswahl darf danach nur eingeschränkt werden, "soweit der Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter es zwingend erfordert."⁹⁷ Das Gericht leitet das Erforderlichkeitsgebot dem Sinne nach unmittelbar aus der "Gesamtauffassung" des GG her, wonach "die freie menschliche Persönlichkeit der oberste Wert ist".⁹⁸ Bei reinen Berufsausübungsregelungen berücksichtigt das BVerfG das Prinzip der Erforderlichkeit nicht. Darin erblickt Lerche mit Recht eine Inkonsistenz. Die Ableitung des Prinzips aus der Gesamtauffassung des GG muß folgerichtig dazu führen, daß auch im Bereich reiner Ausübungsregelungen nur die erforderlichen Eingriffe verfassungsmäßig sind.⁹⁹

Das BVerfG wendet das Verhältnismäßigkeitsprinzip in vollem Umfang an. Demnach dürfen Ausübungsregelungen nicht "übermäßig" sein. Gleiches gilt für subjektive Zulassungsvoraussetzungen. Sie dürfen zum angestrebten Zweck der ordnungsmäßigen Erfüllung der Berufs-

96 Lerche, Übermaß, S. 223.

97 BVerfG 7, S. 378 (Leitsatz 6 (b)), 405.

98 BVerfG 7, S. 405.

99 Lerche, Übermaß, S. 253.

tätigkeit "nicht außer Verhältnis stehen". Hinsichtlich der objektiven Zulassungsvoraussetzungen erwähnt das Gericht das Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht ausdrücklich. Indes wird man annehmen können, daß es hier durch das Gebot überlagert ist, daß diese Voraussetzungen im allgemeinen nur zur Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher Gefahren für ein "überragend wichtiges Gemeinschaftsgut" aufgestellt werden dürfen.¹⁰⁰ Das Apothekenurteil läßt nicht erkennen, wie das BVerfG das Verhältnismäßigkeitsprinzip verfassungsrechtlich verankert.

Zu Standort und Rechtfertigung des Übermaßverbots gibt es eine Vielzahl von Meinungen. Teilweise werden das Erforderlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsprinzip aus demokratisch-egalitärem Gedankengut abgeleitet. Andere Auffassungen begründen die Grundsätze im rechtsstaatlichen Gedankengut überlieferter Prägung, sei es in der Rechtsstaatsklausel, in der Wesensgehaltssperre oder in einzelnen Freiheitsnormen. Wieder andere rekurrieren auf übergreifende Verfassungsprinzipien, wie z.B. die Menschenwürde oder das Willkürverbot.¹⁰¹ M.E. ist Art. 19 II der richtige Standort. In keinem Falle darf der Garantiegehalt der Grundrechte angetastet werden. Das geschieht aber bei nicht erforderlichen und unverhältnismäßigen Eingriffen. Die Grundrechte dürfen grundsätzlich nur eingeschränkt werden, wenn höherrangige Gemeinschaftsinteressen es rechtfertigen. Da die Gesetzesvorbehalte zweckbegrenzt sind, müssen die Grundrechtseingriffe sich der Zweckbegrenzung unterordnen. Die Einschränkungen dürfen also keinesfalls übermäßig sein. Es würde dem Menschenwürdegehalt der Grundrechte, den Art. 19 II absichern will, widersprechen, wenn der Staat die Träger der Freiheitsrechte mit stärkeren Mitteln belegen wollte als sie dem jeweiligen Gemeinwohlzweck angemessen sind und von ihm gefordert werden.¹⁰² Darüber hinaus - und das hat Peter Schneider zurecht mit Nachdruck betont - wäre es mit der Ausgangsvermutung zugunsten des Menschen nicht zu vereinbaren, wenn der Staat in nicht notwendigem, übermäßigem Ausmaß in die Grundrechte eingriffe.

100 BVerfG 7, S. 378 (Leitsatz 6 (a, c)), 407 f.

101 Zusammenstellung der Auffassungen bei Lerche, Übermaß, S. 29-46. Lerche selbst versucht, das Übermaßverbot "in der soziologisch bedingten Entfaltung eines selbständigen 'dirigierenden' Teils der Verfassung" zu rechtfertigen, S. 53 ff., 77 ff.

102 Dirig, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AÖR 81 (1956) S. 117 ff. (bes. 127); Dirig in MD, Art. 2 I, RdNr. 31.

Die Vermutung spricht dafür, daß der Mensch sich in der Freiheit richtig, d.h. auch in Übereinstimmung mit dem Gemeinwohl, verhält. Folglich gilt es, diese Ausgangsvermutung zu widerlegen, wenn ein Eingriff in ein Grundrecht gestattet sein soll. Nur in dem Ausmaß, in dem der Nachweis gelingt, der Mensch werde in der Freiheit die Gemeinwohlinteressen mißachten, sind staatliche Eingriffe in die Freiheit möglich. Darüber hinausgehende Beschränkungen verletzen den Wesensgehalt.¹⁰³ Das BVerfG bezieht im Apothekenurteil die Grundsätze des Übermaßverbots richtig in die Erörterung des Art. 12 I ein. Seine Beschränkung auf Berufswahleingriffe ist jedoch zu eng. Es gilt, die Maxime auch im Bereich der reinen Ausübungsregelungen anzuwenden. Auch hier darf der Staat nur regelnd tätig werden, wenn die Ausgangsvermutung zugunsten des Menschen widerlegt ist. Wenn die Berufsausübung also in der Freiheit den verfassungsrechtlichen Gemeinwohlinteressen entspricht, ist eine gesetzliche Regelung unzulässig, da sie nicht erforderlich und folglich nicht verhältnismäßig ist.¹⁰⁴

V. Ausbau der Stufentheorie im Hinblick auf die Zulässigkeit staatlicher Verwaltungsmonopole.

1. Die Überprüfung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit staatlicher Verwaltungsmonopole an Hand des Art. 12 I 2 setzt Klarheit darüber voraus, in welcher Weise Monopolnormen die Berufsfreiheit berühren.

a. Nach dem räumlichen Geltungsbereich staatlicher Monopolnormen können wir Voll- und Teilmonopole unterscheiden.¹⁰⁵

Monopole auf der Grundlage einfacher Bundesgesetze gelten im gesamten Bundesgebiet. Als Vollmonopole beschränken sie ohne Zweifel die Berufswahl.

Monopole auf Grund von Landesgesetzen sind Teilmonopole. Sie gelten

103 P. Schneider, Nochmals Verfassungswidrigkeit, S. 48 f.

104 Ist die Regelung erforderlich, so ist damit noch nicht gesagt, daß sie auch verhältnismäßig ist. Ein nicht sehr bedeutsames Gemeinwohlgut kann vielleicht nur im Wege einer weitgehenden Grundrechtbeschränkung gewahrt werden. Obwohl der Eingriff als am wenigsten einschneidender, zur Zweckerreichung noch geeigneter, Eingriff erforderlich wäre, wäre er nicht verhältnismäßig.

105 Vgl. auch 1. Teil B II 1.

nur in einem Teil des Bundesgebietes.¹⁰⁶ Das Recht der freien Berufswahl in Art.12 I 1 schließt die freie Entscheidung über den Berufsort in sich.¹⁰⁷ Die Teilmonopole verhindern die freie Berufswahl in ihrem Geltungsbereich.Folglich stellen sie keine Ausübungs-, sondern Wahlregelungen dar,allerdings keine reinen Wahlregelungen, wie wir sie bei den Vollmonopolen kennen.Die Berufsausübung ist ja außerhalb des Teilmonopolgebiets immer noch möglich.

b. Nach dem zeitlichen Geltungsbereich können Zeit- und Dauermonopole unterschieden werden.Daß die zweite Gruppe die Berufswahl trifft,ist klar.Aber auch eine in einem Zeitgesetz angeordnete Monopolisierung stellt sich als Berufswahlregelung dar,da die Substanzverwirklichung des Art.12 I 1 für einen bestimmten Zeitraum verhindert wird.

c. Hinsichtlich des sachlichen Geltungsbereichs einer Monopolnorm gilt folgendes :Ausgehend von dem weiten Berufsbegriff in Art.12 I 1, stellt jede Monopolisierung jeder beliebigen Tätigkeit einen Eingriff in die freie Berufswahl dar.

Das trifft zunächst für alle die Berufe zu,die in ganz bestimmten Berufsbildern i.S. der Berufsbildlehre ausgeformt sind.So würde z.B. die Monopolisierung des Arzneimittelverkaufs in die freie Berufswahl der Bürger eingreifen,die Apotheker sind oder es werden wollen.

Gleiches gilt aber auch für die untypischen Berufe,also dort, wo es keine fest ausgeformten Berufsbilder gibt.Monopolisiert der Staat z.B.die Produktion von Stecknadeln,so beschränkt er in diesem Bereich die freie Berufswahl.Angenommen,es produzierten bisher A und B Stecknadeln,B darüber hinaus auch noch andere Gegenstände, dann wäre nicht nur A,sondern auch B auf Grund des Monopolgesetzes in der freien Berufswahl betroffen.Von einer reinen Ausübungsregelung könnte bei B ebensowenig die Rede sein wie bei A,obgleich die zukünftige Ausübung seines Berufs doch nur zum Teil unmöglich geworden ist.Wie A darf er zwar keine Stecknadeln mehr herstellen; die übrige

106 U.U. gelten sie auch nur in einem Landesteil,so z.B. das Brandversicherungsmonopol der Nassauischen Brandversicherungsanstalt; vgl.auch die Gemeindemonopole,die allerdings keine staatlichen Monopole sind.

107 Dazu E.R.Huber,WVR II,S.228;dort auch Ausführungen zum Verhältnis des Art.12 I zu Art.11 GG.

Produktion kann er jedoch ohne weiteres fortsetzen. Trotzdem wäre es unrichtig, in bezug auf B nur von einer Ausübungsregelung zu sprechen. Das gilt auch dann, wenn der Herstellungsanteil der Stecknadeln nur einen Bruchteil des gesamten Produktionssortiments darstellt. Vielmehr liegt eine Berufswahlregelung vor. Jedes Verbot jeder Tätigkeit, die Grundlage der Lebensführung der Menschen sein kann, ist eine Berufswahlregelung. Das will nicht heißen, daß B so viele Berufe ausübt, wie er verschiedene Waren herstellt. Er übt nur einen Beruf aus und kombiniert dabei Tätigkeiten, die auch alleine beruflich verfolgt werden können. Trotzdem liegt eine Berufswahlregelung vor, da gerade die Verbindung verschiedener Berufstätigkeiten eine Frage der Berufswahl ist. Es kommt also immer darauf an, ob - in abstracto - eine Tätigkeit verboten wird, die geeignet wäre, Grundlage menschlicher Lebensführung zu sein. Wird sie verboten, dann greift der Gesetzgeber in die Berufswahl ein.

Schließlich trifft auch im Bereich ausgeformter Berufsbilder die Herauslösung bestimmter Teiltätigkeiten die Freiheit der Berufswahl. So würde eine gesetzliche Regelung, die den Verkauf von Medikamenten einer bestimmten Gattung, z.B. morphiumhaltiger Präparate, dem Staat zur ausschließlichen Besorgung vorbehielte, die freie Berufswahl der Apotheker berühren. Wollte man dies verneinen, so hieße das: zu den Fehlvorstellungen der Berufsbildlehre zurückschreiten. Beruf i.S. des Art. 12 I 1 ist niemals der durch die Gesetzgebung bereits ausgeformte Beruf, sondern schlechthin jede Tätigkeit, die Grundlage einer Lebensführung sein kann. Ein Beruf i.S. der Berufsbildlehre mag sich aus mehreren solchen Tätigkeiten zusammensetzen. Wird auch nur eine Teiltätigkeit verboten, so handelt es sich bereits um eine Berufswahlregelung.

d. Bezüglich des persönlichen Wirkungsbereichs staatlicher Monopolnormen gilt nichts Besonderes. Das staatliche Ausschlußrecht ist grundsätzlich von allen Bürgern im Rahmen des örtlichen, zeitlichen und sachlichen Geltungsbereichs zu beachten. Die freie Berufswahl ist insoweit ausgeschlossen.

Die Übersicht ergibt, daß jede staatliche Monopolisierung das subjektiv-öffentliche Recht der Bürger auf freie Berufswahl ein-

schränkt. Das Ausmaß der Einschränkung ist verschieden, je nach dem räumlichen, zeitlichen und sachlichen Geltungsbereich der Monopolgesetze.

2. Die Monopolnormen behalten dem Staat oder den Gemeinden die ausschließliche Besorgung bestimmter Wirtschaftstätigkeiten vor. Sie versperren folglich in einem bestimmten Bereich die freie Berufswahl. Davon zu unterscheiden sind solche Normen, die die private berufliche Tätigkeit in einem bestimmten Sektor ebenfalls verhindern, ohne sie aber dem Staat oder den Gemeinden ausschließlich vorzubehalten. Es handelt sich um reine Verbotsnormen - man denke z.B. an strafrechtliche Berufsverbote oder an sonstige allgemeine Zulassungssperren.¹⁰⁸ Die vorliegende Arbeit befaßt sich nicht mit den Zulässigkeitsvoraussetzungen dieser Berufssperrnormen. Wegen der gleich nachhaltigen Einwirkungen auf die Freiheit der Berufswahl gelten die folgenden Ausführungen jedoch weitgehend entsprechend auch in diesem Bezirk.

3. Das BVerfG läßt im Apothekenurteil Einschränkungen der freien Berufswahl nur zu, "soweit der Schutz besonders wichtiger ('übertragender') Gemeinschaftsgüter es zwingend erfordert, d.h. soweit der Schutz von Gütern in Frage steht, denen bei sorgfältiger Abwägung der Vorrang vor dem Freiheitsanspruch des einzelnen eingeräumt werden muß und soweit dieser Schutz nicht auf andere Weise, nämlich mit Mitteln, die die Berufswahl nicht oder weniger einschränken, gesichert werden kann."¹⁰⁹ Bei den objektiven Zulassungsvoraussetzungen als dem "größten und radikalsten" Mittel der Berufssperrung stellt das Gericht an den Nachweis ihrer Notwendigkeit besonders strenge Anforderungen. Im allgemeinen könne "nur die Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut diesen Eingriff in die freie Berufswahl legitimieren."¹¹⁰

Gegenüber den Beschränkungen der Berufswahl durch Aufstellung objektiver Zulassungsbedingungen stellt die Vollmonopolisierung einer bestimmten Tätigkeit einen noch nachhaltigeren Eingriff dar.

108 Hamann, NJW 1958, S. 1803 (Verbot verbrecherischer Berufe); Kom., Art. 12, Anm. B 4 a (allgemeine Berufssperrungen).

109 BVerfG 7, S. 405.

110 BVerfG 7, S. 408.

Die freie Berufswahl wird jetzt völlig ausgeschaltet. Mit einem argumentum a minore ad maius wagen wir, die geschärften Eingriffsvoraussetzungen des BVerfG auch für die Zulässigkeit staatlicher Monopole zu übernehmen. Da die Staatsmonopole im Verhältnis zu den objektiven Zulassungsvoraussetzungen weit stärker in die Berufsfreiheit eingreifen, gelten hier aber besonders strenge Maßstäbe.¹¹¹

Im einzelnen ist dazu folgendes zu sagen:

a. Nicht die Verfolgung jedes beliebigen Gemeinschaftszweckes rechtfertigt den Ausschluß von der freien Berufswahl im Wege staatlicher Monopolisierung. Wenn überhaupt, so ist dazu nur die Wahrung verfassungserheblicher Gemeinwohlinteressen in der Lage. Im Gegensatz zu den Vorbehaltssätzen in einer Reihe anderer Grundrechtsnormen - z.B. in Art. 11 II, 13 II, III - legt Art. 12 I 2 den Gesetzgeber nicht auf die Verfolgung ganz bestimmter Gemeinwohlzwecke fest. Folglich darf er zur Wahrung aller denkbaren verfassungserheblichen Gemeinwohlinteressen unter Beachtung des Art. 19 II die Berufsfreiheit einschränken. Alle mit dem Grundgesetz vereinbaren Gemeinwohlinteressen sind abstrakt vorrangig, d.h. geeignet, gesetzgeberische Eingriffe in Art. 12 I 1 zu legitimieren. Wie weit der Gesetzgeber im Einzelfall in die Berufsfreiheit eingreifen darf, ist damit noch nicht gesagt. Folglich ist noch völlig ungewiß, wann das schärfste Mittel der Grundrechtseinschränkung, die Monopolisierung, eingesetzt werden kann, um dem bonum commune Rechnung zu tragen. Die Unterscheidung zwischen verfassungserheblichen Gemeinschaftsgütern und solchen, die es nicht sind - nennen wir sie grundrechtsirrelevante Gemeinschaftsgüter -, weist jedoch bereits auf eine unübersteigbare Schranke hin, die allen staatlichen (und auch den gemeindlichen) Monopolisierungsbestrebungen gesetzt ist.¹¹² Die Wahrung solcher Gemeinwohlinteressen, die das GG nicht stillschweigend oder ausdrücklich anerkennt, erlaubt niemals die Einführung staatlicher

111 Soweit der Eingriff in die Berufsfreiheit gerechtfertigt ist, dürfte auch der Eingriff in das Recht am Arbeitsplatz (Art. 12 I 1) gestattet sein, wenn die Monopolisierung zu Entlassungen von Arbeitern und Angestellten in der Privatwirtschaft führt.

112 Die Bezeichnungen "Gemeinschaftsgüter", "Gemeinwohlsgüter", "Gemeinschaftsinteressen" bzw. "Gemeinwohlinteressen" werden hier unterschiedslos zur Bezeichnung des bonum commune verwendet.

Monopole. So wäre es z.B. unzulässig, wenn sich der Staat die Besorgung einer bestimmten beruflichen Tätigkeit allein deshalb ausschließlich vorbehielte, um so seinen wirtschaftlichen Machtbereich weiter auszubauen. Eine solche Ausdehnung staatlicher Wirtschaftsmacht um ihrer selbst willen widerstreitet der Grundrechtsidee und damit dem materiellen Rechtsstaatsprinzip. Dieses besagt, daß der Staat um der Menschen willen, die in ihm leben, da ist. Er hat ihnen zu dienen, nicht aber umgekehrt sie in dem Bannkreis seiner Macht nach seinem Willen zu führen. Es widerspräche der freiheitlich-demokratischen Grundordnung, zu der sich das GG bekennt, wenn die Vorstellung von der Zweckbegrenztheit aller staatlichen Gewalt dadurch in ihr Gegenteil verkehrt würde, daß der Gesetzgeber allein um des wirtschaftlichen Machtzuwachses willen monopolisierte. Auch mit der Sozialstaatsidee ließe sich das keineswegs vereinbaren. Wenn das GG in Art. 20 I (28 I) die Bundesrepublik Deutschland als einen sozialen Staat kennzeichnet, dann sollen damit die Grundrechte in keiner Weise abgewertet werden. Das soziale Leitprinzip verpflichtet den Staat dazu, im Rahmen der rechtsstaatlichen Verbürgungen soziale Gerechtigkeit zu verwirklichen und soziale Bedürftigkeit zu beseitigen. Das Sozialstaatsprinzip gestattet aber keinen staatlichen Machtzuwachs im wirtschaftlichen Bereich nur um der Macht willen. Verwaltungsmonopole wären insoweit verfassungswidrig. Ein weiteres Beispiel unzulässiger staatlicher Monopolisierung liegt dann vor, wenn der Staat vornehmlich deshalb einen Bereich wirtschaftlicher Tätigkeit sperrt, um so politisch mißliebige Personen zunächst einmal ihrer Existenzgrundlage zu berauben. Dies ließe sich durch ein Zeitgesetz u.U. unschwer erreichen. Unerlaubt ist es auch, um des allgemeinen politischen Einflusses willen, Monopole einzuführen. In beiden Fällen fehlt es an einem verfassungserheblichen Gemeinschaftsgut. Dem Rechtsstaatsgedanken widerspricht es, wenn der Staat darauf abzielt, politisch Andersdenkende durch Berufsverbote zu bestrafen, oder wenn er durch Monopolisierungen versucht, seinen politischen Wirkungsbereich auszuweiten.

^b Zur Wahrung abstrakt vorrangiger verfassungserheblicher Gemeinwohlinteressen darf der Gesetzgeber nicht ohne weiteres in die Berufsfreiheit eingreifen. Aus der Ausgangsvermutung zugunsten des

Menschen folgt nämlich, daß zunächst einmal davon auszugehen ist, der Mensch werde sich in der Freiheit richtig, d.h. in Übereinstimmung mit dem Gemeinwohl, verhalten. Diese Vermutung ist widerlegbar. Gelingt dem Gesetzgeber der Nachweis, daß ein abstrakt vorrangiges verfassungserhebliches Gemeinschaftsgut in der Freiheit gefährdet ist, dann darf er nötigenfalls die Freiheit beschränken, um so dem Gemeinwohl Eingang zu verschaffen. Damit ist noch nicht gesagt, daß der Gesetzgeber bei jeder Gefährdung abstrakt vorrangiger, verfassungserheblicher Gemeinwohlinteressen Monopole einführen darf. Es steht vielmehr nur fest, daß überhaupt ein Eingriff in die Berufsfreiheit möglich ist. Negativ ausgedrückt heißt das: Ist ein Eingriff in Art. 12 I 1 - gleichgültig welcher Art - überhaupt nicht erforderlich, da in der Freiheit dem Gemeinwohl genügend Rechnung getragen wird, dann ist ein solcher Eingriff unverhältnismäßig (Art. 19 II) und folglich verfassungswidrig. Im Wege der Risiken- und Chancenabwägung ist also jeweils zu ermitteln, ob das Gemeinwohl in der Freiheit überhaupt gefährdet ist und ob es, wenn dies zu bejahen ist, außerhalb der Freiheit besser realisiert werden kann. Trifft das zu, dann darf der Gesetzgeber in die Berufsfreiheit eingreifen.

c. Der Gesetzgeber darf jedoch nicht in beliebigem Umfang in das Grundrecht der Berufsfreiheit eingreifen. Vielmehr darf er nur solche Einschränkungen vornehmen, die den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren. Andernfalls verletzt er den Wesensgehalt des Grundrechts. Von einer Freiheitsgarantie kann nämlich dann keine Rede mehr sein, wenn es gleichgültig ist, ob der Staat zweckadäquate Mittel anwendet oder nicht. Ob ein staatlicher Eingriff in die Berufsfreiheit das richtige Mittel zum erlaubten Zweck ist, läßt sich nur klären, wenn man 1. die Berufsfreiheit gegenüber dem jeweils zu realisierenden Gemeinschaftsgut abwägt, um so das Gewichtsverhältnis beider Güter zu ermitteln; wenn man 2. den Gefährdungsgrad des Gemeinschaftsgutes feststellt und 3. prüft, ob eine Grundrechtseinschränkung zur Wahrung des gefährdeten Gemeinwohlsgutes auch wirklich erforderlich ist. Je wichtiger ein Gemeinwohlsgut gegenüber der Berufsfreiheit ist und je gefährdeter es ist, desto nachhaltiger darf der Gesetzgeber das Grundrecht beschränken, wenn es erforderlich ist. Staatliche

Monopole sind folglich dort verfassungsrechtlich zulässig, wo besonders wichtige verfassungserhebliche Gemeinwohlinteressen aufs höchste gefährdet werden. Umgekehrt sind staatliche Monopole dann nicht erlaubt, wenn das Maß der Gefährdung geringer ist oder wenn überhaupt weniger wichtigere Gemeinschaftsgüter im Spiel sind. Einer Wertskala der Gemeinwohlüter im Verhältnis zur Berufsfreiheit und einer Graduierung der Gefährdung eben dieser Güter entspricht also, und zwar im Rahmen des Erforderlichkeitsprinzips, eine Stufenleiter staatlicher Eingriffsmöglichkeiten. Staatliche Monopole sind nur bei höchster Gefährdung wichtigster verfassungserheblicher Gemeinwohlüter verfassungsmäßig, falls sie auch erforderlich sind. Nur dann entsprechen sie dem Verhältnismäßigkeitsprinzip und verletzen den Wesensgehalt der Berufsfreiheit nicht.

Nicht einfach ist die Frage zu beantworten, wann überragende, d.h. besonders wichtige verfassungserhebliche Gemeinschaftsgüter vorliegen, zu deren Realisierung u.U. Staatsmonopole gestattet sind.¹¹³ In Rechtsprechung und Literatur sind eine ganze Reihe solcher "überragender" Güter - meist im Hinblick auf die Verfassungsmäßigkeit objektiver Zulassungsbedingungen, gelegentlich auch mit Bezug auf die staatlichen Monopole - aufgeführt worden. Es handelt sich um folgende Gemeinschaftsgüter: die Güte der akademischen Ausbildung¹¹⁴, Existenz und Funktionieren des Droschkenverkehrs¹¹⁵, die Daseinsvorsorge¹¹⁶, die Existenz der Gemeinde als einer funktionsfähigen Selbstverwaltungskörperschaft¹¹⁷, Interessen, denen zwingende Gebote der Rechts- und Sozialstaatlichkeit entsprechen¹¹⁸, das Leben¹¹⁹, der Linien- ebenso wie der Luftlinienverkehr¹²⁰, die öffentliche

113 Das BVerfG (vgl. oben Unterabschnitt II, V 3 (vor a)) versteht unter überragenden Gemeinschaftsgütern zunächst vorrangige, d.h. vor dem Freiheitsanspruch des einzelnen rangierende Güter. Bei den obj. Zulassungsvoraussetzungen spricht es sodann von überragend wichtigen Gemeinschaftsgütern. Damit meint es besonders wichtige vorrangige Gemeinwohlüter.

114 Kraemer, S. 850.

115 BVerfG 11, S. 186.

116 BGH in NJW 1962, S. 1117; Hamann, Kom., Art. 12, Anm. B 5 b.

117 Schick, S. 934.

118 Hamann, Kom., Art. 12, Anm. B 5 b.

119 Kraemer, S. 852.

120 BVerfG 11, S. 168 (184); Gimbel, S. 19.

Sicherheit und Ordnung¹²¹, die geordnete Rechtspflege¹²², die Rechtssicherheit¹²³, das Schutzbedürfnis der sozial schwachen Arbeitssuchenden¹²⁴, die Volksgesundheit¹²⁵, die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs¹²⁶, die Währungsstabilität und die darauf beruhende Stabilität der gesamten Volkswirtschaft¹²⁶, schließlich auch überragende wirtschaftspolitische Ziele der Gesamtheit.¹²⁷ Lerche nennt die überragenden Gemeinwohlüter "unausmeßbare Rechtsgüter".¹²⁸ Damit resigniert er vor der Schwierigkeit einer klaren Abgrenzung. M.E. läßt sich die Aufgabe bewältigen. Um die Grundrechte vor verfassungswidrigen Aushöhlungen zu schützen, ist es unbedingt notwendig, jeweils möglichst genau zu ermitteln, wie weit die verfassungserheblichen Gemeinwohlüter die Freiheitsrechte überragen.¹²⁹ Verallgemeinerungen sind allerdings fehl am Platz. Unzulässig ist es daher z.B., die Daseinsvorsorge generell als überragendes Gemeinschaftsgut zu kennzeichnen, wie es der BGH getan hat. Der Begriff ist viel zu weit, seine Grenzen sind zu unbestimmt.¹³⁰ Es kann unmöglich richtig sein, alle Leistungen des Staates an seine Bürger im Rahmen der Daseinsvorsorge über einen Kamm zu scheren und als gleich wichtig zu betrachten. Vielmehr wird man z.B. zwischen existenznotwendiger und einfacher Daseinsvorsorge zu unterscheiden haben.

121 Tittel, S. 229; Köttgen (nur für die öffentliche Sicherheit), S. 42 f.

122 Kraemer, S. 851.

123 Hamann, NJW 1958, S. 1803.

124 H. Vogel, Die Indienstnahme privater Unternehmen für Zwecke der Arbeitsvermittlung, BB 1962, S. 682.

125 BVerfG 7, S. 414; 9, S. 52; Tittel, S. 229; Kraemer, S. 852; Schick, S. 934; Bay. VGH in Bay. VBl. 1960, S. 56, 58.

126 Tittel, S. 229

127 Scheuner, DVBl. 1958, S. 847.

128 Lerche, Bay. VBl. 1958, S. 233 f.

129 Das BVerfG unterscheidet im Apothekenurteil überragend wichtige Gemeinschaftsgüter von sonstigen Gemeinschaftsinteressen, die gesetzgeberische Maßnahmen rechtfertigen können, aber keine Berufswahleingriffe legitimieren, BVerfG 7, S. 408.

130 Forsthoff, S. 322.

Ob im Einzelfall ein höchstwertiges, verfassungserhebliches Gemeinwohl gut vorliegt, erfordert eine sorgfältige Überprüfung an Hand der gesamten Verfassung. Dabei kommt dem Sozialstaatsprinzip größte Bedeutung zu. Als verfassungsrechtliches Leitprinzip bestimmt es die Richtung der staatlichen Aktivität. Das GG will, daß der Staat "sozial" ist, sagt indes nicht, was es unter dem Begriff "sozial" versteht. In ihm schwingen so verschiedene und weitreichende Vorstellungen mit, daß es schwer ist, ihn zu präzisieren. Darum nimmt es nicht wunder, daß die Wissenschaft die verschiedensten Auslegungsversuche vorgelegt hat. Bis heute besteht jedoch keine Einigkeit, wie die Sozialstaatsklausel richtig auszulegen ist.¹³¹ M.E. trifft die Ausdeutung Bachofs das Richtige. Bachof sagt: "Die Sozialstaatsklausel bedeutet Ermächtigung und Auftrag des Staates zur Gestaltung der Sozialordnung. Dieser Auftrag ist inhaltlich auf Herstellung und Wahrung sozialer Gerechtigkeit und auf Abhilfe sozialer Bedürftigkeit durch staatliche Daseinsvorsorge gerichtet."¹³² Gerade unter Berufung auf die Funktion der Daseinsvorsorge neigt der moderne Staat dazu, immer weitere Aufgabengebiete an sich zu ziehen, die bisher von den Staatsbürgern selbst besorgt wurden. Das trifft auch für den Sozialstaat des GG zu. Er ist in Gefahr, in den Wohlfahrtsstaat umzuschlagen. Auf den Wohlfahrtsstaat ist die Bundesrepublik nach dem Grundgesetz aber nicht angelegt. Die sozialen Bestimmungen der Weimarer Verfassung hat das GG nicht übernommen und ausgebaut. Schon daraus folgt, daß eine umfassende Verplanung der Sozialordnung dem GG widerspricht. Es wäre aber auch mit dem Rechtsstaatsprinzip nicht zu vereinbaren, wollte man die Grundrechte nur unter dem Vorbehalt staatlicher Daseinsvorsorge gelten lassen. Vielmehr gilt der Grundsatz der freiwilligen Übernahme sozialer Verantwortung. Dies allein entspricht der Ausgangsvermutung zugunsten des Menschen. Nur im Falle ihrer Widerlegung darf der Staat sozialgestaltend tätig werden und zu diesem Zweck in die Grundrechte eingreifen. Der Gesetzesvorbehalt in Art. 12 I 2 ist so im Lichte der Sozial-

¹³¹ Gute Übersicht bei Reissmüller, S. 67 ff.

¹³² Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL, Heft 12 (1954), S. 80; vgl. auch Hamanns Definition in Kom., Einf. I D 2.

staatsklausel zu interpretieren. Staatliche Monopole im Bereich der Daseinsvorsorge sind nur zum Schutz besonders wichtiger verfassungserheblicher Gemeinwohlinteressen zulässig. Das erkennt Köttgen richtig, wenn er sagt, auch unter Berufung auf die Sozialstaatsklausel sei es dem Gesetzgeber nicht verstatet, ohne Rücksicht auf ein überragendes Gemeinschaftsgut beliebige Bereiche der (kommunalen) Daseinsvorsorge zu monopolisieren.¹³³ Auch Rings ist zuzustimmen. Er meint, die Sozialstaatsklausel hindere den Gesetzgeber daran, durch Schaffung eines Verwaltungsmonopols den Besitzstand einer bestimmten Berufsgruppe zu zerstören, wenn dies nicht das überwiegende Interesse der Allgemeinheit erfordert.¹³⁴ Nicht jedes Sozialinteresse ist gleich ein überragend wichtiges verfassungserhebliches Gemeinschaftsinteresse. Die Abgrenzung läßt sich allgemein nicht vornehmen. An Hand einiger Beispiele zur Zulässigkeit staatlicher Monopole wird später zu zeigen sein, wann besonders wichtige vorrangige Gemeinschaftsgüter vorliegen.

Im Falle höchster Gefährdung besonders wichtiger, verfassungserheblicher Gemeinwohlüter ist eine staatliche Monopolisierung nur zulässig, falls sie auch wirklich erforderlich ist. Aus der Ausgangsvermutung zugunsten des Menschen in Verbindung mit der Wesensgehaltsgarantie der Berufsfreiheit (Art. 12 I, 19 II) folgt, daß Eingriffe in die Berufsfreiheit immer nur in dem unbedingt notwendigen Ausmaße erfolgen dürfen. Kehrt sich die Ausgangsvermutung zugunsten des Menschen im Einzelfall um, gelingt dem Gesetzgeber also der Nachweis, daß besonders wichtige verfassungserhebliche Gemeinwohlinteressen in der Freiheit aufs höchste gefährdet sind, dann heißt das nicht, daß der Gesetzgeber in beliebigem Umfang in die Berufsfreiheit eingreifen darf. Vielmehr ist auch jetzt nur der erforderliche Eingriff gestattet, der Eingriff also, der bei größtmöglicher Wahrung der Freiheit das gefährdete Gemeinschaftsgut genügend schützen kann. Daraus folgt für die Zulässigkeit staatlicher Monopole: Wenn überhaupt eine Einschränkung der Berufsfreiheit

133 Köttgen, S. 43.

134 Rings, S. 658.

erforderlich ist, dann darf das nachhaltigste Mittel, die Monopolisierung, doch nur angewendet werden, wenn sie allein das gefährdete Gemeinschaftsgut retten kann. Reicht ein milderer Mittel aus, so ist der nachhaltigste Eingriff, der volle Ausschluß von der freien Berufswahl verfassungswidrig.

In der Stufenfolge der Eingriffe in die Berufsfreiheit unterscheidet das EVerfG reine Ausübungsregelungen, Wahlregelungen durch Aufstellung subjektiver Zulassungsvoraussetzungen und solche durch Statuierung objektiver Zulassungsvoraussetzungen. Wir ergänzten diese Theorie durch den Einbau der Monopolstufe. Eingriffe auf den vorausgehenden drei Stufen sind also immer "mildere Mittel" im Verhältnis zu dem nachhaltigsten Eingriff, der Monopolisierung. Ein staatliches Ausschlußrecht im Wirtschaftsbereich darf nur begründet werden, wenn die Mittel auf den Stufen 1 bis 3 nicht ausreichen, um das jeweils gefährdete Gemeinwohl gut zu realisieren. Aber auch dann, wenn die genannten Mittel weder allein noch zusammen in der Lage sind, das höchst gefährdete, sehr wichtige Gemeinwohl gut genügend zu schützen, ist eine Monopolisierung nicht immer unbedingt erforderlich. Es gibt nämlich noch ein weiteres milderer Mittel, die staatswirtschaftliche Eigenbetätigung unter Ausschluß der Monopolisierung. Staatliche Monopole sind also immer unzulässig, wenn eine ergänzende wirtschaftliche Staatstätigkeit zur Wahrung des jeweiligen Gemeinwohl gutes ausreicht. Die aus hoheitlichen, nichtfiskalischen Gesichtspunkten erfolgende, supplementäre staatswirtschaftliche Tätigkeit berührt die Berufsfreiheit nicht unmittelbar. Sie wirkt aber mittelbar auf sie zurück. Das folgt letztlich daraus, daß die volkswirtschaftliche Nachfrage nicht unbegrenzt ist. In dem Maße, in dem der Staat sich wirtschaftlich betätigt, engt er die private berufliche Entfaltung ein. Im Verhältnis zum Bürger ist der Staat immer der kapitalkräftigere. Er kann also mit der privaten Wirtschaft leicht konkurrieren. Seine Konkurrenzvorteile intensivieren die Rückwirkungen auf Art. 12 I.

Die verfassungsrechtlichen Probleme im Zusammenhang mit der Zulässigkeit staatswirtschaftlicher Eigenbetätigung sind bisher in der Wissenschaft stiefmütterlich behandelt worden. Man wagt sich

nicht so recht an eine kritische Prüfung heran - wohl aus Furcht davor, mit dem Status quo brechen zu müssen, und auch, weil die Verfassung keine ausdrückliche Regelung trifft. Da die staatswirtschaftliche Eigenbetätigung überwiegend aus fiskalischen Erwägungen erfolgt, ist in diesem Unterabschnitt, der sich nur mit den Verwaltungsmonopolen befaßt, nicht der Ort, auf die Verfassungsproblematik einzugehen. Soweit der staatswirtschaftlichen Betätigung Verwaltungsmotive zugrunde liegen, ist sie m.E. als milderer Mittel im Verhältnis zur staatlichen Monopolisierung immer zulässig und sogar geboten.

d. Die vorstehenden Überlegungen zur Zulässigkeit staatlicher Monopole gelten zunächst ohne Einschränkungen für die Vollmonopole, die eine bestimmte Berufstätigkeit im gesamten Bundesgebiet ausschließen. Aber auch auf die Teilmonopole wird man sie anwenden müssen. Der Hinweis, hier handele es sich nur um Berufsausübungsregelungen, da in anderen Teilen des Bundesgebietes die freie Berufswahl nicht möglich sei, rechtfertigt kein anderes Ergebnis. Teilmonopole wirken in ihrem Geltungsbereich wie Vollmonopole. Sie schließen das subjektiv-öffentliche Recht aus Art. 12 I 1 aus. Die Rückwirkungen auf die freie Berufswahl sind so stark, daß die prinzipielle Gleichbehandlung mit den Vollmonopolen gerechtfertigt sein dürfte. Die grundsätzliche Garantie freier Berufswahl an jedem Ort des Bundesgebietes macht deutlich, daß auch eine Teilmonopolisierung eine Berufswahlregelung ist.

e. Aus der Ausgangsvermutung zugunsten des Menschen folgt, daß der Gesetzgeber überhaupt nur dann in ein Freiheitsrecht, also auch in Art. 12 I 1, eingreifen darf, wenn er nachweist, daß die Menschen in der Freiheit ein verfassungserhebliches Gemeinwohlgefährden. Peter Schneider meint nun, der Gesetzgeber habe nach Erlass eines die Freiheit beschränkenden Gesetzes diesen Beweis nicht stets aufs neue zu erbringen, um so den Fortbestand des Gesetzes zu rechtfertigen. Entscheidend sei allein, daß der Gesetzgeber in der Situation, in der er tätig geworden ist, also in der "Antrittssituation" (P. Schneider), beweisen konnte, daß seine freiheitsbeschränkende Regelung notwendig war. Die Beweis- und Argumentationslast kehre sich später um. Sie treffe

denjenigen, der sich gegen das Gesetz unter Berufung auf das uneingeschränkte Freiheitsrecht (in concreto: Vertragsfreiheit) wendet, insofern, als es an ihm liege, zu erweisen, "daß die Regelung hier et nunc jeglichen Sinn verloren hat".¹³⁵ Speziell im Hinblick auf das Brandversicherungsmonopol der Nassauischen Brandversicherungsanstalt mit Sitz in Wiesbaden sagt Peter Schneider: "Die ursprüngliche Notwendigkeit legitimiert die Aufrechterhaltung des Monopols so weit, daß für die heutigen Verhältnisse nicht mehr gefragt werden darf, ob der Gesetzgeber sein Ziel in gleicher Weise auch mit Hilfe der privaten Gesellschaften erreichen könnte, sondern nur noch, ob die Aufrechterhaltung des Monopols auch heute noch sinnvoll ist." ¹³⁶

Die Umkehr der Beweislast erscheint prinzipiell richtig. Bedenken bestehen jedoch insoweit, als die strengen Voraussetzungen der Zulässigkeit staatlicher Monopole dadurch eine erhebliche Abschwächung erfahren, daß sie immer nur auf die Antrittssituation des Gesetzgebers bezogen werden. Auch zukünftig, d.h. nach Erlass der vor- oder nachkonstitutionellen Monopolgesetze, müssen staatliche Monopole m.E. den strikten Zulässigkeitsvoraussetzungen entsprechen. Auf ihre fortwährende Sinnhaftigkeit allein kommt es nicht an. Die darin liegende Abschwächung der Zulässigkeitsvoraussetzungen bewirkt eine Konservierung einmal eingeführter staatlicher Monopole. Sie scheint mir mit Art. 12 I 1, 19 II nicht vereinbar zu sein. Die Frage nach der Notwendigkeit staatlicher Monopole dürfte nämlich nicht nur auf die Antrittssituation des Gesetzgebers zu beziehen, sondern auch späterhin stets erneut zu stellen und zu beantworten sein. Die Ausgangsvermutung zugunsten des Menschen gilt ausnahmslos zu allen Zeiten. Dem Gesetzgeber mag zu einem bestimmten Zeitpunkt der Gegenbeweis gelingen, daß der Mensch sich in der Freiheit nicht rechtmäßig verhält; er darf alsdann u.U. monopolisieren, erwirbt damit aber keine privilegierte Stellung in dem Sinne, daß das Monopol auch in Zukunft ohne Rücksicht auf seine Notwendigkeit fortbestehen darf. Entfällt die Notwendigkeit, so trifft ihn die Verpflichtung, die gesetzliche Monopolregelung aufzuheben. Aufgabe der Verfassungsrechtsprechung ist es, darauf zu achten, daß die Legislative dieser Verpflichtung nach-

¹³⁵ P. Schneider, Rechtsgutachten, S. 30.

¹³⁶ P. Schneider, Rechtsgutachten, S. 70.

kommt. Ergibt die Überprüfung eines Staatsmonopols an Hand der soeben vorgeführten verfassungsrechtlichen Voraussetzungen, daß es nicht mehr dem Grundgesetz entspricht, dann hat das BVerfG das Monopolgesetz für verfassungswidrig zu erklären.

4. In Rechtsprechung und Literatur hat man nur sehr selten versucht, die staatlichen Verwaltungsmonopole über Art. 12 I 2 zu rechtfertigen. Der weiter oben stehende historisch-sachliche Überblick zeigt, daß man sich meist bemüht hat, im Wege einer restriktiven Auslegung des Art. 12 I 1 die Monopole überhaupt aus dem Bereich der Grundrechte herauszuziehen. Die verschiedenen Legitimationsversuche überzeugen jedoch keineswegs. An dieser Stelle gilt es, den Abriß über den Stand der Meinungen noch zu vervollständigen. Erfreulicherweise haben sich Rechtsprechung und Wissenschaft gelegentlich mit der Frage befaßt, ob Art. 12 I 2 Staatsmonopole gestattet. Klein verneint die Frage. Die freie Substanzverwirklichung eines Berufes - und damit die Freiheit der Berufswahl - dürfe nicht auf diesem Wege eingeschränkt werden.¹³⁷ Klein legitimiert die staatlichen Monopole kurzerhand über den Vorbehalt der Rechte anderer in Art. 2 I und begrenzt so Art. 12 I im Rückgriff auf die *lex generalis*.¹³⁸ Ganz ähnlich verfahren auch Hamann und Köttgen.¹³⁹ Gegen den Rückgriff auf die Schrankentrias in Art. 2 I spricht die Verquickung von Berufsausübung und -wahl. Wollte man an einer scharfen Trennung unter allen Umständen festhalten, dann wäre allerdings, da eine Verfassungslücke vorläge, auf Art. 2 I zurückzugreifen. Wie später noch zu zeigen sein wird, würden sich die Staatsmonopole jedoch nur über den Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung rechtfertigen lassen, nicht aber über den der Rechte anderer. Zudem überzeugt Kleins undifferenzierte Behauptung in ihrer Allgemeinheit nicht. Im Bereich der Grundrechte sollte man sich vor generellen Aussagen dieser Art hüten. - In seiner Dissertation versuchte Barschkies, die staatlichen Monopole, die er nicht über den Berufsbegriff aus Art. 12 I 2 herausnahm, über Art. 12 I 2 zu rechtfertigen. Dies erschien ihm jedoch nach sorgfältiger Überprüfung nicht möglich. Anstatt nun aber - wie Klein - auf Art. 2 I

137 Klein, vMK, Art. 12, Anm. V 4.

138 Klein, vMK, Art. 2, Anm. IV 1 a.

139 Hamann, Rechtsstaat, S. 69, 76 (in bezug auf die absoluten Berufssperren); Köttgen, S. 44.

zu rekurreren, schlug er einen anderen Weg ein: In dem "soziale(n) Gestaltungsvorbehalt aus Art. 14 GG" (14 I, II) sieht er die "Rechtsgrundlage einer staatlichen Monopolisierungsbefugnis".¹⁴⁰ Er meint, die Grundrechte seien notfalls auch dann zu begrenzen, wenn keine Gesetzesvorbehalte vorhanden seien oder diese keine ausreichende Legitimationsgrundlage enthielten, und folgert dies aus der verfassungsmäßigen Ordnungsbezogenheit der Grundrechte. Die verfassungsmäßige Ordnung sei als ergänzende Beschränkbarkeitsregel für alle Grundrechte heranzuziehen. Art. 14 sei als Bestandteil dieser Ordnung mit Art. 12 I zu verknüpfen. Auf diese Weise gewinnt Barschkies neue Grenzen der Berufsfreiheit.¹⁴¹ Angesichts der Tatsache, daß die Monopole primär die berufliche Entfaltungsfreiheit der Bürger tangieren, muß es sehr bezweifelt werden, ob Art. 14 überhaupt als Legitimationsgrundlage in Frage kommen kann. Art. 14 regelt die Eigentums- und nicht die Berufsordnung. Art. 14 kann - wie noch zu zeigen sein wird - auch im Bereich staatlicher Monopole von Bedeutung sein. Ein Berufsverbot läßt sich über diese Vorschrift jedoch nicht rechtfertigen. Barschkies' Ansicht läuft auf eine unzulässige Aushöhlung der Freiheitsrechte hinaus. - Torz hält ein Gesetz, das für einen Teilbereich der Wirtschaft ein Berufsverbot ausspricht für "zweifelloso verfassungswidrig".¹⁴² Gleiches meint Ballerstedt mit Bezug auf ein staatliches Getreidehandels- und Elektrizitätsmonopol und Geiger im Hinblick auf die Übernahme des Exports durch staatliche Einrichtungen.¹⁴³ Die Behauptungen sind in ihrer Absolutheit unhaltbar. Die staatliche Monopolisierung verletzt nicht notwendig immer den Wesensgehalt der Berufsfreiheit. Das versuchten wir oben nachzuweisen.¹⁴⁴ Die genannten Monopole sind im gegenwärtigen Zeitpunkt zwar nicht zulässig, da sie nicht notwendig sind. Es könnte aber einmal der Fall eintreten, daß höchste Gemeinwohlinteressen in der Freiheit sehr gefährdet werden und so z.B. die Einführung eines Elektrizitätsmonopols zwingend erfordern.

140 Barschkies, S. 167 (Zitat), S. 99-101, 114 ff. (116).

141 Barschkies, S. 117 f., 120, 137 f.

142 Torz, Die privatwirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und das Grundgesetz, DÖV 1958, S. 211.

143 Ballerstedt, S. 82; Geiger, Sp. 1118.

144 Vgl. in diesem Sinne schon Bachof für die objektiven Zulassungsvoraussetzungen, JZ 1958, S. 440; Scheuer, S. 131, am Beispiel der gemeindlichen Monopol-Hopfenaufbereitungsanstalten (seine Trennung zwischen Berufswahl Berufsausübung überzeugt aber nicht).

In der neueren verfassungsrechtlichen Rechtsprechung und Literatur mehren sich erfreulicherweise die Stimmen derer, die - im Gegensatz zu überkommenen Vorstellungen - die staatlichen Monopole in Art. 12 I 2 legitimieren.¹⁴⁵ Allerdings lassen es die Vertreter der modernen Auffassung bei nur wenigen Andeutungen bewenden, unter welchen Voraussetzungen im einzelnen Staatsmonopole mit Art. 12 I zu vereinbaren sind.

5. Im Schrifttum wird gelegentlich die Problematik der Zulässigkeit staatlicher Monopole mit dem Subsidiaritätsprinzip in Verbindung gebracht. So sucht Thieme z.B., aus dieser Maxime Grenzen für die Monopolisierung zu gewinnen.¹⁴⁶ Stern hält ein Elektrizitätsmonopol unter Berufung auf das Subsidiaritätsprinzip für unzulässig.¹⁴⁷

Der Grundsatz der Subsidiarität ist zunächst ein sehr wichtiger sozialphilosophischer Lehrsatz. Er wurde von Augustin und Thomas von Aquin gegründet und von der katholischen Sozialphilosophie ausgeprägt. In der Enzyklika Quadragesimo anno vom 15.5.1931 (Pius XI) wird das Prinzip wie folgt formuliert: "Wie dasjenige, was der Einzelmensch aus eigener Initiative und mit seinen eigenen Kräften leisten kann, ihm nicht entzogen werden darf, so verstößt es gegen die Gerechtigkeit, das, was die kleineren und untergeordneten Gemeinwesen leisten und zum guten Ende führen können, für die weitere und übergeordnete Gemeinschaft in Anspruch zu nehmen."¹⁴⁸ Das Subsidiaritätsprinzip ist ein Gesetz für den Aufbau der menschlichen Gemeinschaft. Es sieht den Menschen als Individuum, aber auch zugleich als Teil einer Vielzahl von Gemeinschaften, die sich - von den kleineren aufsteigend - in einer Stufenfolge über- und nebeneinander schichten. In materieller Hinsicht ordnet das Subsidiaritätsprinzip die menschlichen Tätigkeiten und weist sie - je nach der Leistungsfähigkeit der Menschen und Gemeinschaften - den Trägern zu, die sie mit eigener Kraft selbst

145 Bay.VGH in BayVBl. 1960, S. 56 (Leitsatz 2), 58, bejahende Anm. von Masson, S. 59; Köttgen (für Kommunalmonopole), S. 42 ff.; Schick, S. 933; Badura, S. 339; P. Schneider, Rechtsgutachten, S. 53; vgl. auch Hamann, Kom., Art. 105, Anm. B 3; Hamann scheint neue (= nachkonstitutionelle) Verwaltungsmonopole nicht auf Grund des Art. 12 I zulassen zu wollen, denn er fordert verfassungsändernde Gesetze für die Ausgestaltung vorhandener staatswirtschaftlicher Unternehmen zu Monopolen.

146 Thieme, S. 284.

147 Stern, AöR 84 (1959), S. 157.

148 Zit. nach Stadler, S. 32. (siehe F. 149)

wahrnehmen können. Dabei wirkt es jeder Zentralisation staatlicher Macht entgegen, indem es die menschlichen Aufgaben möglichst auf die Einzelmenschen selbst und die kleineren Gemeinschaften verlagert. Sein Inhalt läßt sich mit der Formel "Soviel Freiheit als möglich und soviel Einschränkung als nötig" näher umschreiben. Staatliche Monopole sind nach dem Subsidiaritätsprinzip erlaubt, wenn es sich um Tätigkeiten handelt, die die Kräfte der Einzelmenschen und kleineren Gemeinschaften übersteigen und nur durch den Staat wahrgenommen werden können.¹⁴⁹

Das GG spricht nicht unmittelbar von dem Subsidiaritätsprinzip. Ihm liegt es jedoch mittelbar zugrunde.¹⁵⁰ Insoweit kommt ihm die Eigenschaft eines rechtlichen Prinzips zu. Aus den Art. 2, 6, 9, 19 III, 20 I, 28 I, II, 30, 79 III, 91 II 1, insbesondere aber aus der Menschen - auffassung des GG überhaupt (Art. 1 ff.), läßt sich die Geltung des Grundsatzes der Subsidiarität herleiten. Die in dieser Arbeit vertretene Auffassung, daß staatliche Verwaltungsmonopole nur zulässig sind, wenn sie zur Wahrung besonders wichtiger, höchst gefährdeter verfassungserheblicher Gemeinwohlinteressen zwingend erforderlich sind, entspricht dem Subsidiaritätsprinzip insoweit, als die Freiheit der Bürger beschränkt wird.¹⁵¹ Damit ist allerdings noch nicht gesagt, ob der Staat (Bund/Länder) oder die Gemeinden zur Monopolisierung schreiten dürfen. Auf diese Frage werden wir im 2. Abschnitt noch kurz zurückkommen.

- 149 Stadler, Subsidiaritätsprinzip und Föderalismus, Freiburg (Schweiz), 1951, S. 60 f. in bezug auf die staatlichen Leistungskompetenzen: "Das subsidiäre Handeln einer Gemeinschaft besteht dann darin, daß sie ihren Gliedern bestimmte tatsächliche Leistungen bietet, die zu vollbringen diese nicht imstande wären. In diesem Sinne werden das Verkehrswesen, das Postwesen, das Schulwesen von öffentlichen Körperschaften besorgt. Dabei können rechtliche oder faktische Monopole bestehen." - Siehe auch Nell-Breuning, Oswald von, in: Wirtschaft und Gesellschaft, Bd. I, Grundlagen, Freiburg 1956, S. 87, für das metrische Monopol des Staates im Bereich der Geldwirtschaft.
- 150 Gute Übersicht über den Stand der Meinungen bei v. Minch, Staatliche Wirtschaftshilfe und Subsidiaritätsprinzip, JZ 1960, S. 304 ff.; kritisch Reissmüller, S. 52 ff.
- 151 Schick, S. 933 F. 35, sagt zutreffend, das Subsidiaritätsprinzip habe in Art. 12 GG und in der Stufentheorie des BVerfG (im Apothekenurteil) zu dieser Bestimmung eine spezielle Ausprägung erfahren; vgl. auch Stadler, Subsidiaritätsprinzip und Föderalismus, Freiburg (Schweiz) 1951, S. 91: "Das Subsidiaritätsprinzip kann durch die Freiheitsrechte seine positive Verwirklichung finden."

VI. Formelle Voraussetzungen.

1. Nach Art.12 I 2 darf die Berufsausübung nur "durch Gesetz" geregelt werden. Die nahezu einhellige Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum versteht unter Gesetz i.S. dieser Vorschrift nur ein einfaches Gesetz im formellen Sinn, also ein parlamentarisches Bundes- oder Landesgesetz.¹⁵²

Das Grundgesetz fordert in Art.12 I 2 nicht ausdrücklich ein förmliches Gesetz. Dagegen spricht es davon expressis verbis in Art. 104 I. Daraus könnte man folgern, Gesetz i.S. des Art.12 I 2 sei materiell zu verstehen. Das dürfte jedoch nicht richtig sein, da dann auch im Wege des Gewohnheitsrechtes die Berufsfreiheit eingeschränkt werden könnte. Da Gewohnheitsrecht jedoch nicht berechenbar, meßbar und kontrollierbar ist, kann es im Geltungsbereich des GG die Grundrechte nicht einschränken. Ein argumentum e contrario aus Art.104 I ist nicht möglich.

Wenn Art.12 I 2 nur gesetzliche Berufsausübungsregelungen gestattet, dann meint es das förmliche Parlamentsgesetz. Staatliche Monopole können also in einfachen Bundes- und Landesgesetzen angeordnet werden. Gesetze regeln aber auch dann die Berufsausübung, wenn sie den Anforderungen des Art.80 I bzw. den entsprechenden Landesbestimmungen genügende Ermächtigungsvorschriften enthalten.¹⁵³ Sie regeln die Berufsausübung zwar nicht unmittelbar, sondern mittelbar, da die Eingriffsvoraussetzungen der Sache nach in einem förmlichen Gesetz normiert sind. Staatliche Monopole sind also nur verfassungsmäßig, wenn sie entweder unmittelbar durch ein Bundes- oder Landesgesetz eingeführt werden oder wenn dies zwar unmittelbar durch Rechtsverordnungen oder autonome Satzungen geschieht, die ihrerseits aber auf ein formelles Gesetz rückführbar sind. Das bestätigt auch indirekt die Entstehungsgeschichte zu Art.19 I. Ursprünglich war nämlich im Parlamentarischen Rat vorgesehen, in Art.19 I klarzustellen, daß Grundrechtseinschränkungen nur durch oder auf Grund förmlicher Gesetze zulässig seien. Da dies jedoch als selbstverständlich erachtet wurde, glaubte man, auf die Aufnahme des Wortes "förmlich" in den verfassungs-

¹⁵² Klein, vMK, Art.12, Anm. V 6.

¹⁵³ Hamann, Kom., Art.12, Anm. B 7.

text verzichten zu können.¹⁵⁴

2. Gemäß Art.19 I 1 muß ein Gesetz, das ein Grundrecht einschränkt, allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten. Nach Satz 2 muß es das Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen.

a. Gesetz i.S. des Art.19 I ist jedes formelle Gesetz. Hinsichtlich der delegierten Rechtsetzung sagt die Vorschrift nichts. Daraus darf nicht der Schluß gezogen werden, Grundrechte seien autonomiefest.¹⁵⁵ Sie können auch durch Rechtsverordnungen oder Satzungen eingeschränkt werden, falls die Delegation in Ordnung ist. Wenn das Grundgesetz von Einschränkungen der Grundrechte durch oder auf Grund eines "Gesetzes" spricht, so schließt es die abgeleitete Rechtsetzung nicht aus. Grundrechte können - wie zu Art.12 I 2 gezeigt - unmittelbar oder mittelbar, nämlich über Delegationen, eingeschränkt werden.

Sehr umstritten ist, ob Berufsausübungsgesetze die Berufsfreiheit einschränken. Das BVerfG differenziert im Apothekenurteil zwischen regeln und einschränken. Regeln bedeute nicht, daß der Gesetzgeber das Grundrecht in keiner Hinsicht einschränken dürfe. "An sich enthält jede Regelung auch das Sichtbarmachen von Grenzen. Doch bedeutet der Ausdruck 'regeln', den der Grundgesetzgeber hier offenbar bewußt, statt des in den Grundrechtsbestimmungen sonst üblichen 'beschränken' oder 'einschränken' gebraucht, darauf hin, daß eher an eine nähere Bestimmung der Grenzen von innen her, d.h. der im Wesen des Grundrechts selbst angelegten Grenzen, gedacht ist als an eine Beschränkung, durch die der Gesetzgeber über den sachlichen Gehalt des Grundrechts selbst verfügen, nämlich seinen natürlichen ... Geltungsbereich von außen her einengen würde."¹⁵⁶ Die Erwägungen des Gerichts überzeugen. Unzutreffend dürfte es jedoch sein, die Unterscheidung auch für Art.19 zu übernehmen. Im Apothekenurteil ignoriert das BVerfG Art.19 II.¹⁵⁷ In einer späteren Entscheidung erklärt es auch Art.19 I 2 ausdrücklich für unanwendbar.¹⁵⁸ M.E. ist der Begriff "einschränken" in Art.19 I weit auszulegen. Er meint jede Grundrechtsbegrenzung, gleichgültig ob

154 Hauptausschuß des Parl.R., gedruckte stenographische Berichte, S.591, 620.

155 Kötten, DVBl.1955, S.445 (448).

156 BVerfG 7, S.404.

157 Daß die Entscheidung Art.19 II entspricht, wurde oben gezeigt.

158 BVerfG 13, S.97 ff (113). Vgl. auch H.Röhl, Die Nennung des eingeschränkten Grundrechts nach Art.19 Abs.I Satz 2 des Grundgesetzes, AÖR 81 (1956), S.206 ff.

sie "von innen" oder "von außen" erfolgt. Man kann doch nicht so wichtige Vorschriften wie Art. 19 I und II dadurch überspielen, daß man den Begriff einschränken in Art. 19 restriktiv interpretiert.¹⁵⁸ Einschränken i.S. dieser Vorschrift ist ein Oberbegriff, der die verschiedenartigen Bezeichnungen in den einzelnen Gesetzesvorbehalten umschließt. Das GG spricht von eingreifen (Art. 2 II 3), beschränken (Art. 8 II), einschränken (Art. 11 II, 17a), regeln (Art. 4 III, 12 I 2, II 4), es gebraucht die Termini Eingriffe (Art. 13 III), Beschränkungen (Art. 10, 13 III), Schranken (Art. 5 II, 14 I 2). Wollte man einschränken im engeren Sinne unter Ausschluß von "regeln" verstehen, so müßte Gleiches für die anderen Bezeichnungen gelten. Auch sie wären in Art. 19 I nicht gemeint. Sodann müßte das BVerfG konsequenterweise auch Art. 19 I 1 im Bereich des Art. 12 I 2 ausschließen, soweit die Schranken nur "von innen her" gezogen werden. Das hat es bisher nicht getan. Es ist auch kaum anzunehmen, daß es jemals spezielle Regelungsgesetze als verfassungsmäßig ansehen würde. Schon die Konsequenz, daß Art. 19 I 1 bei Regelungsgesetzen ebenso wenig gelten könnte wie die Vorschriften des Art. 19 I 2, 19 II, zeigt die Unhaltbarkeit der These des BVerfG. Also: Alle Berufsausübungsgesetze schränken die Berufsfreiheit ein. Ob die Grenzen von innen oder von außen gezogen werden, ist unerheblich.¹⁵⁹ Die Monopolnormen gelten allgemein, da in ihrem Geltungsbereich alle Bürger von der Ausübung der monopolisierten Tätigkeit ausgeschlossen sind. Individualgesetze sind somit undenkbar. Aber auch Einzelfallgesetze kommen kaum vor. Selbst eine Monopolisierung in einem Zeitgesetz wird in der Regel solange währen, daß von einer Maßnahmeregelung nicht gesprochen werden kann. Sollte jedoch eine Monopolisierung als Maßnahmeregelung beabsichtigt sein, so wäre das mit Art. 19 I 1 trotzdem vereinbar. Das Verbot spezieller Gesetze meint nämlich nur Einzelpersonengesetze, nicht aber Einzelfallgesetze. Die Grundrechtseinschränkung muß also generell, nicht aber abstrakt sein.¹⁶⁰

b. Da Monopolgesetze Art. 12 I 1 einschränken, müssen sie das Grundrecht unter Angabe des Artikels ausdrücklich nennen. Art. 19 I 2 ist eine Mußvorschrift. Klein sieht in Art. 19 I 2, entgegen dem klaren Wortlaut, eine Sollvorschrift. Er begründet das damit, daß andernfalls

159 Huber, WVR II, S. 222 ; Hamann, Rechtsstaat, S. 43.

160 Klein, vMK, Art. 19 III 2 c.

die Arbeit des Gesetzgebers unnötig erschwert werde. Das ist eine Konsequenz aus der Nichtigkeit eines Gesetzes bei Nichtbeachtung des Art. 19 I 2.¹⁶¹ M.E. hat die Verfassung mit dieser Vorschrift keine unnötige Formalität geschaffen. Art. 19 I 2 zwingt den Gesetzgeber dazu, sich der Grundrechtseinschränkungen jeweils bewußt zu werden. Insofern wirkt die Vorschrift - falls sie nur beachtet wird - in bezug auf Grundrechtseinschränkungen hemmend. Leider zeigt die Praxis der Gesetzgebung, daß Art. 19 I 2 weithin nicht beachtet wird, gerade auch im Bereich des Art. 12 I 2.¹⁶² Schon früher hat Huber darauf hingewiesen, daß die Bestimmung gewohnheitsrechtlich außer Kraft träte, falls sie auch in Zukunft nicht beachtet würde.¹⁶² M.E. gibt es kein Gewohnheitsrecht contra constitutionem, da sonst dem stillschweigenden Verfassungswandel die Türen geöffnet wären.¹⁶³ Art. 19 I 2 gilt auch heute noch. Monopolgesetze müssen Art. 12 I als eingeschränktes Grundrecht nennen. Unterlassen sie dies, so liegt ein schwerer formaler Mangel vor. Solche Gesetze dürften aber, angesichts der formalen Natur des Art. 19 I 2, trotz Mußvorschrift, nicht nichtig sein, solange sie im übrigen der Verfassung entsprechen.

3. Die besprochenen formellen Voraussetzungen zu Art. 12 I 2, 19 I 2 gelten nur für nach-konstitutionelle Gesetze. Art. 123 I sagt zwar, Recht aus der Zeit vor dem Zusammentritt des Bundestages gelte nur fort, soweit es dem Grundgesetz nicht widerspreche. Jedoch ist "widersprechen" materiell zu verstehen. Älteres Recht, das nur den Formvorschriften nicht genügt, ist nicht schon deshalb verfassungswidrig.¹⁶⁴ Ein vorkonstitutioneller Gesetzgeber war nicht in der Lage, den genannten Formerfordernissen zu entsprechen.

VII. Überprüfung einiger Staatsmonopole an Hand des Art. 12 I.

Die vorgetragenen Überlegungen zur Zulässigkeit der Verwaltungsmonopole im Rahmen des Art. 12 I sollen jetzt an Hand einiger Beispiele erprobt werden. Dabei stehen die materiellen Probleme im Vordergrund. Wir prüfen die Zulässigkeit des Postbeförderungsmonopols,

161 Klein, vMK, Art. 19, Anm. IV 3.

162 Hamann, Rechtsstaat, S. 43; Huber, WVR II, S. 222.

163 Vgl. zum Streitstand:
bejahend: Scheuner, VVDStRL, Heft 10 (1952), S. 47; Schätzel, VVDStRL, Heft 10 (1952), S. 50.
verneinend: A. Voigt, VVDStRL, Heft 10 (1952), S. 44.

164 Hamann, Kom., Art. 123, Anm. B 4.

des Arbeitsvermittlungsmonopols und der Brandversicherungsmonopole.

1. Das Gesetz über das Postwesen vom 28.10.1871 (RGBl.S.347), das in § 1 die Briefbeförderung und die Beförderung politischer Zeitungen monopolisiert, gilt als vorkonstitutionelles Recht nur fort, soweit es dem Grundgesetz nicht widerspricht (Art.123 I). Das Grundgesetz enthält keine Norm, die speziell mit Bezug auf die Post ein staatliches Monopol gestattet. Art.10 bezeichnet das Postgeheimnis als unverletzlich. Er könnte die materielle Legitimationsgrundlage für die staatliche Postbeförderung sein. Selbst wenn das zuträfe - hier sei es dahingestellt - ließe sich ein staatliches Postbeförderungsmonopol über Art.10 nicht rechtfertigen. Eine so weit gehende Aussage kann dieser Bestimmung auch bei extensiver Interpretation nicht abgewonnen werden.¹⁶⁵ Art.73 Ziff.7 gibt dem Bund die ausschließliche Gesetzgebung über das Postwesen. In Verbindung mit Art.124 gilt das PostG als Bundesrecht fort. Aber über die materielle Geltung der Monopolnorm des § 1 PostG besagen die Art.73 Ziff.7 und 124 nichts. Der erste Artikel ist eine reine Kompetenzvorschrift, der zweite eine formelle Überleitungsbestimmung. Art.87 I 1 stellt die Bundespost in bundeseigene Verwaltung. Er begründet damit eine ausschließliche Verwaltungszuständigkeit des Bundes. Ob der Staat auch gegenüber dem Bürger die Postbeförderung monopolisieren darf, wird hier nicht gesagt. Art.87 I 1 regelt als Verwaltungskompetenzvorschrift keine materiellen Fragen zur Grenzziehung der Berufsfreiheit.¹⁶⁶ Allein Art.12 I befindet über die Verfassungsmäßigkeit des § 1 PostG. Sie ist zu bejahen, wenn das Postbeförderungsmonopol zum Schutze eines überragend wichtigen, höchst gefährdeten verfassungserheblichen Gemeinschaftsguts zwingend erforderlich ist.

In der vertechnisierten Welt der Gegenwart kommt der Beförderung von Briefen und politischen Zeitungen eine hohe Bedeutung zu. Die Integration des modernen Staates beruht ganz wesentlich auf der ordentlichen Durchführung der Postbeförderung. Der Briefverkehr bringt die Menschen einander näher, sowohl im privaten als auch im geschäftlichen Bereich. Der moderne Geschäftsverkehr ist besonders auf die Briefbeförderung angewiesen. Mittelbar fördert sie die berufliche Entfaltung der Staatsbürger. Die ordentliche Zustellung politischer Zeitungen

¹⁶⁵ Thieme, S.283.

¹⁶⁶ Richtig Maunz in MD, Art.87, S.15 F.1 unter Bezugnahme auf Hamann, Kom., S.372.

läßt die Pressefreiheit erst sinnvoll erscheinen und trägt mittelbar dem Informationsbedürfnis der Bürger Rechnung. Wegen dieser hohen Bedeutung der Postbeförderung für das Zusammenleben der Menschen ist der Gemeinschaft besonders an ihrer ordentlichen Ausführung gelegen. Alle Bürger sollen in der Lage sein, jederzeit zu angemessenen Bedingungen Post zu verschicken und zwar an jeden Ort im In- und Ausland, schnell und zuverlässig. Die ordentliche Postbeförderung ist ein besonders wichtiges Gemeinschaftsgut. Das erkennt auch die Verfassung an. Es folgt zunächst aus einer Zusammenschau der Art. 10, 73 Ziff. 7 und 87 I 1. Ob der Staat als Postunternehmer tätig werden darf, ob er sich sogar das ausschließliche Recht hierzu vorbehalten darf, kann den Vorschriften zwar nicht entnommen werden. Sie rechtfertigen jedoch die Annahme, daß dem Staat sehr viel an einer geordneten Postbeförderung liegt. Gerade Art. 87 I 1 legt dies nahe, spricht er doch von der in bundeseigener Verwaltung zu führenden Bundespost. Auch Art. 73 Ziff. 7, der das Postwesen in die ausschließliche Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes weist, läßt seine hervorragende Bedeutung erkennen. Im Zeichen des Sozialstaatsprinzips kommt der ordentlichen Postbeförderung eine noch erhöhte Bedeutung zu (Art. 20 I). Mehr denn je sind die Bürger heute - geradezu existentiell - auf die geordnete Brief- und Zeitungszustellung angewiesen. Mit dem Sozialstaatsprinzip ist es vereinbar, daß der Staat sich dieser wichtigen Aufgabe annimmt. Auch in den meisten anderen Rechtsstaaten tritt der Staat übrigens als Postbeförderungsunternehmer auf.

An Art. 12 I 1 ist zu messen, ob der Staat zum Zweck der staatlichen Postbeförderung das Grundrecht der Berufsfreiheit einschränken darf. Auch wenn der Staat kein Monopol hätte, wäre - da die Berufsfreiheit mittelbar betroffen wäre - Art. 12 I heranzuziehen. Angesichts des Staatsmonopols auf Grund des § 1 PostG gilt dies um so mehr. Für die Legitimation des Monopols kommt es darauf an, ob es die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit wahrt. Dabei ist zunächst auf die Antrittssituation des Gesetzgebers abzustellen, sodann aber auch für die heutige Zeit zu fragen, ob das Monopol noch weiterhin diesen Grundsätzen entspricht. Die Entwicklung des deutschen Postwesens hat eine lange Geschichte. Badura hat sie neuerdings vorgetragen.¹⁶⁷

¹⁶⁷ Badura, S. 193 ff.

Da die Gründe für die Monopolisierung damals wie heute prinzipiell gleich sind, können die folgenden Überlegungen, von ihrem geschichtlichen Hintergrund losgelöst, betrachtet werden.

Die gleichmäßige und zuverlässige Postbeförderung in der Bundesrepublik wäre ohne staatliche Eingriffe in die Berufsfreiheit nicht denkbar. Die Ausgangsvermutung zugunsten des Menschen läßt sich widerlegen: Es kann mit Sicherheit vorausgesagt werden, daß die Gleichmäßigkeit und Ubiquität der Beförderungsleistungen bei privater Besorgung nicht gewährleistet wären. Private Unternehmer würden auf der Grundlage der Rentabilität wirtschaften, d.h.: sie würden unrentable Beförderungen nicht durchführen. Die Postzustellung in ländlichen Gegenden würde weithin nicht besorgt werden. Das Gemeinschaftsgut der geordneten Postbeförderung wäre also aufs höchste gefährdet. Da die Privatunternehmer also vom erwerbswirtschaftlichen Standpunkt aus tätig würden, bestünde sodann die weitere Gefahr, daß die Beförderungsentgelte so hoch lägen, daß weite Teile der Bevölkerung schon deswegen die Leistungen der privaten Unternehmen nicht in Anspruch nehmen könnten. Diese beiden Gesichtspunkte dürften schon genügen, um zu zeigen, daß dem Gemeinwohl in der Freiheit nicht genügend Rechnung getragen würde. Deshalb erscheint ein staatlicher Eingriff in die Berufsfreiheit gerechtfertigt.

Ein solcher Eingriff ist jedoch nur verfassungsmäßig, wenn er zur Wahrung des Gemeinschaftsgutes unbedingt erforderlich ist. Jede stärkere Grundrechtsbeeinträchtigung verletzt den Wesensgehalt der Berufsfreiheit. Man könnte nun erwägen, ein staatliches Postmonopol sei deshalb mit dem Grundgesetz nicht zu vereinbaren, weil das mildere Mittel der supplementären staatswirtschaftlichen Betätigung bereits ausreichen würde, um eine gleichmäßige, jedermann zugängliche Postbeförderung sicherzustellen. Das würde jedoch im Ergebnis bedeuten, daß private Postunternehmer die rentable Beförderung übernehmen. Dem Staat bliebe es überlassen, mit Verlust dort Post zu befördern, wo Privatunternehmer wegen mangelnder Wirtschaftlichkeit nicht bereits tätig wären. Ohne Rückgriff auf allgemeine Steuermittel könnte der Staat, da er ja mit Verlust arbeiten würde, die Beförderungsleistungen nicht erbringen. Der mittelbare Eingriff in die Berufsfreiheit, d.h. hier

die ergänzende staatswirtschaftliche Tätigkeit, wäre nur unter der Voraussetzung eines Steuereingriffs, also einer Beeinträchtigung der Eigentumsfreiheit (Art. 14 I, II) sinnvoll. Auf das Besteuerungsrecht des Staates wird man jedoch nicht hinweisen dürfen. Zwar kann es auch als milderes Mittel im Verhältnis zu Eingriffen in die Berufsfreiheit in Betracht kommen. Das dürfte hier jedoch nicht der Fall sein, da die Belastung der Allgemeinheit größer wäre als bei der Monopolisierung. Im Ergebnis würde die Allgemeinheit ein Staatsunternehmen subventionieren, nur damit einige Bürger gewinnbringend Post befördern können. Das Postmonopol ist also erforderlich. Die Gleichmäßigkeit der Beförderungsleistungen ohne Rücksicht auf die Rentabilität einer einzelnen Linie ist ohne das Monopol nicht erreichbar.¹⁶⁸

2. Das Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung wird in Rechtsprechung und Literatur überwiegend als verfassungsmäßig betrachtet.¹⁶⁹ Die Ansicht hält m.E. einer Überprüfung an Hand des Art. 12 I nicht stand.

Zunächst erscheint es unzutreffend, das Stellenvermittlungsmonopol in Art. 33 IV verfassungsrechtlich zu verankern. Der BGH meint, Art. 33 IV schreibe die Wahrnehmung der Arbeitsvermittlung durch eine eigene, nach einheitlichen Zielsetzungen tätig werdende Verwaltungsorganisation vor.¹⁷⁰ Ob der Staat diese Aufgabe durchführen darf, bestimmt sich gegenüber dem Bürger allein nach Art. 12 I. Art. 33 IV kommt insoweit keine materielle Bedeutung zu.¹⁷¹

Das Monopol ist verfassungsmäßig, wenn die Wahrung eines höchst gefährdeten, sehr wichtigen verfassungserheblichen Gemeinschaftsgutes die ausschließliche Besorgung durch den Staat zwingend erfordert.

Zu Unrecht meint Köttgen, der Staat könne sich bei dem Stellenvermittlungsmonopol nicht auf ein überragendes Gemeinschaftsgut be-

168 Badura, S. 198 f.; Barschkies, S. 175.

169 Uber, S. 157 f.; Krebs, Kommentar zum Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung, München und Berlin 1957, § 35, RdNr. 1; H. Vogel, S. 123; BGH in NJW 1962, S. 1115 f.; Schönfelder in DBS, § 35, Anm. II; Badura, S. 142 f.; a.A. Köttgen, S. 43.

170 BGH in NJW 1962, S. 1116.

171 Gleiches gilt für Ubers Versuch, das Stellenvermittlungsmonopol in der Sozialstaatsklausel (Art. 20 I, 28 I) zu legitimieren, Uber, S. 157 f.

rufen.¹⁷² Das Stellenvermittlungsmonopol schützt die menschliche Arbeitskraft, ein sehr kostbares Gemeinschaftsgut, da in der modernen Wirtschaft von ihrem Einsatz die Sicherung eines angemessenen sozialwirtschaftlichen Lebensstandards des Volkes grundlegend abhängt.¹⁷³ Das Monopol schützt weiterhin gerade die Arbeitskraft der sozial schwachen Arbeitssuchenden. Die kostenlose staatliche Arbeitsvermittlung bedeutet eine erhebliche Sicherung der Bevölkerungsteile, die im Falle der Arbeitslosigkeit außerstande sind, sich selbst zu neuer Arbeit zu verhelfen.¹⁷⁴

Das Stellenvermittlungsmonopol hat den Sinn, Arbeitslosigkeit zu vermeiden und ggf. zu beheben (§ 38 AVAVG). Erhaltung und Beschaffung der Arbeitsplätze sind in der Massengesellschaft der Gegenwart notwendige Zielsetzung des sozialen Rechtsstaats, dessen Verwirklichung das GG anstrebt (Art. 20 I, 28 I 1). Da die Arbeitsvermittlung in erster Linie Arbeitslosigkeit verhütet und beendet, ist sie das wichtigste Mittel zur Erreichung dieser Zielsetzung.

Die geschichtliche Erfahrung in Deutschland lehrt, daß die Bürger in der Freiheit dem Gemeinwohl der menschlichen Arbeitskraft nicht genügend Rechnung getragen haben. Deshalb wurde die Stellenvermittlung monopolisiert. Der unmittelbare Anlaß zur Schaffung der öffentlichen Arbeitsvermittlung war die Massenarbeitslosigkeit nach dem ersten Weltkrieg. Angesichts der Millionen von Arbeitslosen war die organisatorische Lage des Arbeitsnachweiswesens sehr verfahren. Nur eine zentrale Steuerung schien die Erschütterungen des Arbeitsmarktes überwinden zu können. Die private gewerbliche Stellenvermittlung nutzte die Notlage arbeitsloser Arbeitnehmer aus. Viele Bürger konnten darüber hinaus schon deswegen die private Vermittlung nicht in Anspruch nehmen, weil sie die notwendigen Geldmittel dazu nicht besaßen.¹⁷⁵ Bei rein privater gewerblicher Besorgung der Stellenvermittlung würden diese Gefahren – das läßt sich mit Sicherheit voraussagen – auch heute bestehen. Zwar würde ihr Ausmaß geringer sein, da die gegenwärtigen

172 Köttgen, S. 43.

173 Schönefelder in DBS, § 54 I 1, RdNr 21.

174 H. Vogel, S. 123.

175 H. Vogel, S. 123; Draeger in DBS, S. 3 ff.

Verhältnisse in der Bundesrepublik gegenüber den Wirren nach den beiden Weltkriegen geordnet erscheinen. Dennoch würden viele Bürger in beruflicher Not sein, da ihnen kein neutraler kostenloser Arbeitsvermittler zur Verfügung stünde. Das Gemeinwohl der menschlichen Arbeitskraft wäre sehr gefährdet.

Bedenken bestehen, ob die Monopolisierung der Stellenvermittlung erforderlich ist, um das Gemeinwohl zu realisieren. In Rechtsprechung und Literatur wird das allgemein bejaht. So behauptet der BGH, die Erfahrungen der Vergangenheit zeigten, daß private Stellenvermittlung mit höchster Wahrscheinlichkeit erhebliche Mißstände und sehr ernste Gefahren für die Daseinsvorsorge zur Folge hätte, die mit bloßen Kontrollmaßnahmen nur unzureichend bekämpft werden könnten.¹⁷⁶

Ähnlich meint Hugo Vogel, der Schutz des Gemeinschaftsguts könne durch Maßnahmen auf einer "niedrigeren Stufe" nicht gewährleistet werden. Auch die nötige planmäßige Pflege des Arbeitsmarkts und seine Steuerung mittels Ausgleich zwischen Überschuß- und Bedarfsgebieten, ebenfalls die Beschaffung von Arbeitsplätzen für Schwerbeschädigte könnten durch bloße Beaufsichtigung und Anleitung einer Vielzahl privater Arbeitsnachweise nicht erreicht werden.¹⁷⁷ Die Behauptungen überzeugen nicht. M.E. ist die Monopolisierung nicht erforderlich. Mildere Eingriffe in die Berufsfreiheit reichen aus, um dem Gemeinwohl Eingang zu verschaffen. Reine Berufsausübungsregelungen und Regelungen der Berufswahl durch Aufstellung subjektiver und eventuell objektiver Zulassungsvoraussetzungen würden dem Mißbrauch der Freiheit weitgehend einen Riegel vorschieben. Sie würden für die ordentliche Durchführung der privaten Vermittlungstätigkeit sorgen. Da diese Kontrollmaßnahmen jedoch nicht völlig ausreichen, dürfte und müßte der Staat weiterhin ergänzend neben der Privatwirtschaft tätig bleiben. Eine unentgeltlich durchzuführende unparteiliche Stellenvermittlung ist nämlich nicht zu entbehren. Sie müßte ergänzend dort eingerichtet werden, wo die private Vermittlerstätigkeit nicht ausreicht oder nicht in Anspruch genommen wird. Im Gegensatz zum Postmonopol läßt sich der Konkurrenzgesichtspunkt für die Monopolisierung der Arbeits-

176 BGH in NJW 1962, S. 1116.

177 H. Vogel, S. 123; vgl. weiter Schönefelder in DBS, § 54 RdNr 21.

vermittlung nicht verwerten. Sie geschieht ja ohnehin kostenlos. Man könnte allerdings erwägen, die Arbeitsmarkttransparenz ginge verloren, wenn der Staat und die Privatwirtschaft nebeneinander Arbeitsvermittlung betrieben. Dem könnte der Staat jedoch leicht durch Auskunftsvorschriften begegnen, die es den privaten Vermittlern wie auch den Arbeitgebern zur Pflicht machten, den Staat über Vermittlungen, Einstellungen und Entlassungen in Kenntnis zu setzen. Die Monopolisierung der Stellenvermittlung ist nicht erforderlich, da weniger nachhaltige Eingriffe in die Berufsfreiheit ausreichen. Sie verletzt den Wesensgehalt des Art. 12 I 2 und ist deshalb verfassungswidrig.

3. Bei dem Postbeförderungs- und Stellenvermittlungsmonopol handelt es sich um Bundesmonopole. Der Bund hat die ausschließliche (Art. 73 Ziff. 7) bzw. konkurrierende (Art. 74 Ziff. 12) Gesetzgebung. Anders ist die Lage bei den auf Landesrecht beruhenden Brandversicherungsmonopolen. Art. 74 Ziff. 11 weist zwar die Gesetzgebung im Bereich des privatrechtlichen Versicherungswesens in die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes. Öffentlich-rechtliche Versicherungsträger der Länder, die als Zwangs- und Monopolanstalten das Versicherungsgeschäft hoheitlich betreiben, gehören jedoch nicht hierher. Ihre gesetzliche Regelung fällt in die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder.

Die öffentlich-rechtliche Gebäudefeuerversicherung (=Brandversicherung) wird in drei verschiedenen Formen betrieben. Es gibt Zwangs-, Monopol- und Wettbewerbsanstalten. Hier interessieren nur die Brandversicherungsanstalten, zu deren Gunsten Versicherungszwang und -monopol bestehen. Im ersten Fall muß die Versicherung bei einer öffentlichen Anstalt genommen werden, im zweiten ist sie freiwillig; wenn sie aber genommen wird, ist der Versicherungsabschluß einer öffentlichen Anstalt vorbehalten. Versicherungszwang und -monopol bestehen z.B. zugunsten der Nassauischen Brandversicherungsanstalt mit Sitz in Wiesbaden. Rechtsgrundlage ist § 2 ihrer Satzung vom 10.10.1955.¹⁷⁸ Da Versicherungszwang und -monopol die berufliche Entfaltung insoweit verhindern, liegt

178 Satzung 1955 - BAnz.Nr. 247 vom 22.12.1955, S. 14 ff., in Kraft getreten am 1.1.1956.
P. Schneider, Rechtsgutachten, S. 4 - 24, weist nach, daß § 2 formell verfassungsmäßig ist.

ein staatliches Monopol vor.¹⁷⁹

Die Brandversicherungsmonopole lassen sich mit Art.12 I 1 nur vereinbaren, wenn sie zum Schutz höchst wichtiger und zugleich gefährdeter verfassungserheblicher Gemeinwohlüter zwingend erforderlich sind.

Die Brandversicherungsmonopole verdanken ihre Entstehung dem öffentlichen Interesse an der Erhaltung des Gebäudebestandes. Sie sichern die Gebäudeeigentümer gegen Brandschäden. Sie tragen dazu bei, das Vermögen der Bürger zu schützen, indem sie Vorsorge für die Erhaltung des Grundeigentums als dem wichtigsten Vermögensbestandteil treffen. Mit dieser Zielsetzung entsprechen die Monopolnormen dem Verfassungsauftrag in Art.14 I 1, der staatlichen Gewährleistung des Eigentums.¹⁸⁰

Die Feuerversicherungsmonopole stammen überwiegend aus der Zeit des 18. Jahrhunderts. Die Bürger trugen damals dem sehr wichtigen Gemeinwohlinteresse an der Erhaltung des Gebäudebestandes nicht ausreichend Rechnung. Das private Versicherungswesen war noch sehr schwach ausgebildet. Die Bürger scheuten sich vielfach, Versicherungen abzuschließen. Häufig wußten sie auch gar nichts von dieser Möglichkeit. Sodann mangelte es an einer staatlichen Aufsicht über die private Versicherungswirtschaft. Mißbräuche waren an der Tagesordnung. Insbesondere bestand die Gefahr für die öffentliche Sicherheit, daß überhöhte private Versicherung zu Unvorsichtigkeit oder zu Brandstiftung anreizte. Darum erschien es notwendig, daß der Staat im Wege der Monopolisierung die Gebäudefeuerversicherung selbst in die Hand nahm. Nach der Antrittssituation des Gesetzgebers waren die Brandversicherungsmonopole also notwendig.¹⁸¹

Es fragt sich nun, ob bei privater Feuerversicherung auch heute noch diese Gefahren bestünden, ob also auch heute noch die Monopolisierung erforderlich ist. Peter Schneider läßt, wie schon dargestellt,

179 Die überkommene Differenzierung zwischen Versicherungszwang und Versicherungsmonopol ist verwirrend. In beiden Fällen liegt ein staatliches Monopol vor, da private Unternehmer bestimmte Versicherungen nicht abschließen können; vgl. E. R. Huber, WVR II, S.165.

180 P. Schneider, Rechtsgutachten, S.32 f.; vgl. auch BVerfG 10, S.141 ff. (166).

181 P. Schneider, Rechtsgutachten, S.33-35, in bezug auf das Brandversicherungsmonopol der Nassauischen EVA.

diese Fragestellung nicht zu. Er meint, falls ein Monopol zur Zeit seiner Einführung erforderlich war, sei es heute verfassungsmäßig, sofern es nicht inzwischen überhaupt jeglichen Sinn verloren habe. In bezug auf das Brandversicherungsmonopol der Nassauischen Brandversicherungsanstalt kommt er in seinem ausführlichen Gutachten zu dem Ergebnis, die staatliche Ausschlußstellung sei heute noch sinnvoll und daher verfassungsmäßig. M.E. ist auch heute zu fragen, ob die Feuerversicherungsmonopole noch notwendig sind. Die Grundrechtsgarantie dürfte die Abschwächung, die in der Fixierung des Prinzips auf die Antrittssituation des Gesetzgebers liegt, nicht gestatten. Die fortwährende Sinnhaftigkeit einer früher erforderlichen, heute aber nicht mehr notwendigen Grundrechtseinschränkung legitimiert die weitere Aufrechterhaltung der staatlichen Monopole nicht. Das verbietet Art. 19 II (12 I).

Die Monopolisierung der Gebäudefeuerversicherung ist heute nicht mehr erforderlich. Die moderne private Versicherungswirtschaft ist sehr wohl in der Lage, neben staatlichen Wettbewerbsanstalten diese Versicherungsaufgabe zu besorgen.¹⁸² Der Staat hätte darüber zu wachen, daß die Privatunternehmen dem Sicherheitsbedürfnis der Gebäudeeigentümer in höchstem Maße entgegenkämen. Der Abschluß eines Versicherungsvertrages müßte dem Eigentümer die Garantie geben, daß er im Schadensfalle auf jeden Fall die Versicherungssumme erhielte. Eine wirtschaftliche Notlage des privaten Unternehmens könnte das vereiteln. Darum müßte der Staat die Gesamtsumme aller Gebäudeversicherungen eines Versicherungsunternehmens in der Weise begrenzen, daß im Ernstfalle die Aktiva ausreichten, um mögliche Brandfälle abzudecken. Sodann wäre der Überversicherung durch die staatliche Aufsicht zu steuern. Die ergänzende Versicherungstätigkeit staatlicher Anstalten würde dafür sorgen, daß jeder Gebäudeeigentümer sein Grundstück gegen Feuer versichern kann, also auch dann, wenn private Unternehmen dies im Einzelfall aus irgendwelchen Gründen ablehnen. Es ist kaum zu befürchten, daß die staatlichen Versicherungsunternehmen

182 Das zeigt die Regelung in den Teilen der Bundesrepublik, in denen es keine staatlichen Monopolanstalten gibt. Hamann, WVR, S. 72; Badura, S. 117; Koch, Ann. zum Urt. des AG-Montabaur vom 8.1.1963, BB 1963, S. 627 (Ziff. 6).

unter dem Druck der privaten Konkurrenz bald ihre Tätigkeit einstellen würden, da sie ohne Staatszuschüsse nicht finanziert werden könnten. Das Vertrauen, das die staatlichen Anstalten genießen, ist sehr groß. Sie würden auch im Falle der Aufhebung des Monopols weiterhin einen erheblichen Teil der Gebäudeversicherung besorgen. Es wäre kaum zu erwarten, daß alle gegenwärtigen Kontrahenten staatlicher Monopol-Brandversicherungsanstalten zu privaten Versicherungen abwanderten. Das staatliche Brandversicherungsmonopol erlaubt allerdings verhältnismäßig günstigere Bedingungen, insbesondere eine knappere Kalkulation der Prämien, als es ohne das Ausschlußrecht möglich wäre. Indes dürften die Vorteile nicht sonderlich groß sein, da dem freien Wettbewerb die Tendenz zum günstigsten Angebot innewohnt. Da die Brandversicherungsmonopole wegen der Entwicklung der privaten Versicherungswirtschaft und der staatlichen Versicherungsaufsicht heute nicht mehr erforderlich sind, lassen sie sich mit Art. 12 I 1 nicht vereinbaren. Sie sind verfassungswidrig.¹⁸³

B. Staatliche Verwaltungsmonopole und Art. 14

I. Staatliche Verwaltungsmonopole und das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (Art. 14 I 1).

Staatliche Ausschlußrechte im Wirtschaftssektor beschränken nicht allein die Berufsfreiheit. Vielmehr greifen sie in der Regel auch in vermögenswerte Positionen der Bürger ein. So würde z.B. die Monopolisierung des Güterverkehrs die privaten Transportunternehmer zwingen, ihre Betriebe zu schließen. Eine Norm, die dem Staat die ausschließliche Herstellung einer bestimmten Ware vorbehielte, würde alle privaten Firmen treffen, die das Gut bisher produzierten. Sie müßten die Erzeugung einstellen. Diejenigen Unternehmer, die bisher ausschließlich die jetzt monopolisierte Ware herstellten, wären u.U. gezwungen, ihre Fabrikationsbetriebe gänzlich stillzulegen. Das wäre der Fall, wenn eine betriebliche

¹⁸³ So Hamann, WVR, S. 72; Badura, S. 117; vgl. auch AG-Montabaur, Urt. vom 8.1.1963, BB 1963, S. 626 f. (mit zustimmender Anm. von Koch). Das BVerfG hat sich noch nicht zur Frage der Verfassungsmäßigkeit geäußert. Aus BVerfG 10, S. 141 ff. (162 - 172) läßt sich nicht der Schluß ableiten, daß das BVerfG die Brandversicherungsmonopole für mit Art. 12 I vereinbar erachtet.

Umstellung nicht möglich wäre, z.B. weil die Maschinen zur Erzeugung anderer Güter nicht eingesetzt werden könnten. In einer glücklicheren Lage wären die Unternehmer, deren Produktionssortiment nicht allein die jetzt dem Staat vorbehaltene Ware umfaßte. Dennoch würden auch sie mehr oder weniger hart getroffen. Für den Bereich des Handels ließen sich ähnliche Beispiele anführen. Staatliche Monopole können also zur Einschränkung oder Stilllegung privater Unternehmen führen und so die Vermögenslage der Eigentümer empfindlich treffen. Es ist klar, daß ein eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb erheblich an Wert verliert, wenn die Produktion hinfort nur noch zum Teil oder überhaupt nicht mehr möglich ist. Das gleiche gilt entsprechend bei nichtgewerblichen Berufsstellungen, denen ein Vermögenssubstrat zugrunde liegt. Auch hier kann ein staatliches Ausschlußrecht zu erheblichen Vermögenseinbußen führen. So würde z.B. die ausgeübte ärztliche Praxis im Falle der Monopolisierung des Arztberufs beträchtlich an Wert verlieren. - Nicht jede Monopolisierung berührt notwendig privates Vermögen, z.B. dann nicht, wenn der Staat sich eine Tätigkeit vorbehält, die bisher noch nicht beruflich von den Bürgern ausgeübt wurde. Hätte sich der Staat z.B. die Errichtung und den Betrieb von Kernspaltanlagen zu der Zeit vorbehalten, als es noch keine privaten Anlagen gab, so wäre die verfassungsrechtliche Zulässigkeit nach den Art. 12 I, 2 I, nicht aber nach Art. 14 zu beurteilen gewesen.

Im Hinblick auf zukünftige Monopolisierungen prüfen wir, ob solche staatlichen Ausschlußrechte die Eigentumsgarantie in Art. 14 I 1 einschränken. Die Rechtslage bezüglich der bestehenden Verwaltungsmonopole interessiert insoweit nicht. Die Vermögenseingriffe sind abgeschlossen. Sie beurteilen sich nach nicht mehr geltendem früheren Verfassungsrecht.

Art. 14 I 1 gewährleistet das Eigentum, ohne diesen Begriff jedoch näher zu bestimmen. Es wäre unrichtig, wollte man auf den technischen Eigentumsbegriff des BGB zurückgreifen, um den Gehalt des verfassungsrechtlichen Terminus zu ermitteln. Allein die Sinndeutung vermag hier zu helfen. Eigentum i.S. des Art. 14 I 1 sind alle vermögensmäßigen Positionen Privater, die als Mittel oder als Ergebnis des Leistungs- und Risikowillens, der Selbstbestimmung im wirtschaftlichen Bereich zu

fassen sind.¹ Diese weite Auslegung des Freiheitsrechts folgt aus einer Zusammenschau des Art.14 I 1 mit Art.1 I. Der Satz von der Menschenwürde bliebe leeres Gerede, wenn die Entfaltungsfreiheit im wirtschaftlichen Bereich von vornherein eingegrenzt verstanden würde. Nur die extensive Ausdeutung des Freiheitsrechts wird Art.1 I gerecht. Der Mensch wird nur dann als wirklich freies Wesen erkannt, wenn er sich auch vermögensrechtlich frei entfalten darf. Der BGH schließt von der Enteignung auf die weite Ausdeutung des Art.14 I 1. Er meint, wenn die staatliche Enteignung nach dem ganzen Vermögen der Bürger greife, dann müsse die Eigentumsgarantie und der Eigentumsschutz auch das ganze Vermögen der Bürger decken. Sie seien daher folgerichtigerweise auf jedes vermögenswerte Recht zu beziehen.² Diese Überlegung ist richtig. Verfassungsrechtlich überzeugt sie jedoch nur, wenn sie auf dem Hintergrund des Art.1 I verstanden wird.

Art.14 I 1 schützt das Eigentum nicht nur als Rechtseinrichtung (Institutsgarantie), sondern meint insbesondere auch jedes vorhandene einzelne vermögenswerte Recht. Darunter ist auch der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb zu verstehen, ein Betrieb also, "den der Inhaber sich durch seine Arbeit, durch seine persönlichen Fähigkeiten und vor allem auch durch Einsatz seines eigenen Kapitals geschaffen hat, bei dem er das Unternehmerrisiko trägt und der für ihn einen im Rechtsverkehr (durch Veräußerung, Verpachtung, Vererbung) verwertbaren Vermögensbestandteil darstellt."³ Schon das RG sah das subjektive Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als Eigentum i.S. des Art.153 WRV an.⁴ Rechtsprechung und Literatur zu Art.14 I 1 vertreten einstimmig die gleiche Auffassung.⁵ Die Verwaltungsmonopole beschränken also die Eigentumsfreiheit, soweit der Ausschluß von der

1 P.Schneider, Verfassungswidrigkeit, S.106.

2 BGHZ 6, 270 (278); im Rahmen des § 823 BGB wird das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb schon lange als "sonstiges Recht" anerkannt.

3 BVerfG 1, S.264 (277).

4 RGZ 129, S.146 (148); 139, S.177 (185 f.).

5 Zum Teil wird vom Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gesprochen, zum Teil auch vom Recht am Unternehmen; vgl. Hamann, Entschädigung bei Wirtschaftslenkungsmaßnahmen, BB 1952, S.655; Ipsen, S.84; BVerfG 1, S.277; Weber, S.353; Klein, vMK, Art.14, Anm.III 1 b; Dürig, JZ 1954, S.9 F.28; Reinhardt, S.40 F.38; Huber, DÖV 1956, S.172; Ehlermann, S.82 f.; H.Kröner, Die Eigentumsgarantie in der Rechtsprechung des BGH, Köln-Berlin-München-Bonn, 1961, S.42; BVerfG 13, S.229.

staatlich vorbehaltenen Tätigkeit zur Einstellung oder auch nur zur Einschränkung privater Unternehmen führt. Das gilt jedoch nur für die bereits eingerichteten und ausgeübten Betriebe. Es besteht ein wichtiger Unterschied zwischen der Befugnis, ein neues Gewerbe zu beginnen und dem Recht, ein schon begonnenes Gewerbe, das bereits gegenständlich verkörpert ist, ohne Beeinträchtigungen von außen fortzuführen. Art. 14 I 1 schützt nicht die Befugnis, neue Gewerbebetriebe einzurichten, sondern nur den bereits eingerichteten und ausgeübten Betrieb. Die Gewerbefreiheit als solche ist kein vermögenswertes Recht i. S. des Art. 14 I 1. Soweit die staatlichen Monopole Berufsstellungen mit Vermögenssubstrat berühren, wie in dem schon erwähnten Beispiel der Monopolisierung des Arztberufs, gelten die Überlegungen entsprechend. Das ist eine Konsequenz aus der extensiven Ausdeutung des Art. 14 I 1.

II. Enteignung, Eigentumsbindung und die staatlichen Verwaltungsmonopole.

Monopoleingriffe in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb könnten als Enteignung i. S. des Art. 14 III zu qualifizieren sein, und zwar als Aufopferungsenteignung im Gegensatz zur technischen (klassischen) Enteignung.⁶ Das GG bestimmt den Begriff der "Enteignung" nicht. Schwierigkeiten bestehen insbesondere hinsichtlich der Abgrenzung zur Eigentumsbeschränkung gemäß Art. 14 I 2.

Wie schon Art. 12 I 2, so enthält Art. 14 I 2 einen Gesetzesvorbehalt. "Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt", heißt es dort. Dieser Vorbehalt ist ebenso farblos wie der in Art. 12 I 2. Sein Sinn ist jedoch der gleiche. Zur Wahrung erheblicher Gemeinwohlsgüter darf der Staat unter Beachtung des Erforderlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsprinzips in das Eigentum der Bürger eingreifen. Anknüpfend an den Begriff "Inhalt" in Art. 14 I 2, meint Krüger, beim Eigentum sei der Wesensgehalt dem Gesetzgeber nicht vorgegeben.⁷ Das dürfte nicht zutreffen. Art. 14 I 2 ermächtigt den Gesetzgeber nicht, nach eigenem Gutdünken souverän zu bestimmen, was unter Eigentum zu verstehen ist. Konsequenterweise gedacht, führt Krügers Auffassung dahin, daß eine Eigentumsgarantie in Wirklichkeit nicht besteht. Mit dem GG läßt sich

6 E. R. Huber spricht hier von Voll- und Teilenteignung, WVR II, S. 25.

7 Krüger, S. 316.

dieses Ergebnis keinesfalls vereinbaren. Hier zeigt sich wieder, wohin es führen kann, wenn man die Formulierungsunterschiede in den allgemeinen Gesetzesvorbehalten allzu wörtlich nimmt : zu einer unzulässigen Aushöhlung der Freiheitsrechte. Die Begriffe "Inhalt" und "Schranken" in Art. 14 I 2 meinen prinzipiell das gleiche. Sie gestatten dem Gesetzgeber, dem Wohl der Allgemeinheit (Art. 14 II) durch Begrenzung des Eigentumsfreiheitsrechts Eingang zu verschaffen. Der Gesetzesvorbehalt ist keineswegs umfassender, wie Ipsen zu meinen scheint.⁸ Greiners Auffassung von den immanenten Bindungsnormen trifft nicht zu.⁹ Die Eigentumssphäre ist m.E. zunächst in möglichst weitem Sinne zu begreifen. Sie wird über Art. 14 I 2 aus Gründen des bonum commune eingeschränkt. Mit Recht wendet sich Peter Schneider gegen die Vorstellung, man könne von Eigentum nicht in abstracto, sondern nur in concreto sprechen, d.h. nach Maßgabe der gesetzgeberischen Inhaltsbestimmung.¹⁰ Jede vermögenswerte Position ist Eigentum i.S. des GG. Inhaltsbestimmung und Schrankenziehung sind nicht grundsätzlich voneinander unterschieden. Einmal handelt es sich um eine Begrenzung von innen, zum anderen um eine solche von außen, beide Male aber um eine Begrenzung des Freiheitsrechts. Das ist der einheitliche Gesichtspunkt, der eine differenzierte Behandlung verbietet.

Von Art. 14 I 2 her läßt sich in Verbindung mit der Entschädigungsregelung in Abs. III der Enteignungsbegriff in seinem wesentlichen Kern erfassen. Wenn nämlich zum Zwecke der Wahrung verfassungserheblicher Gemeinwohlüter das Eigentum der Bürger beschränkt werden kann, dann kann eine Enteignung nur ein solcher Eingriff sein, der unter Verletzung des Gleichheitssatzes einen Bürger oder eine Gruppe von Bürgern besonders trifft. Es wäre unerklärlich, weshalb ein Eingriff, der alle Bürger gleichermaßen trifft, entschädigt werden sollte. Zur Wahrung höherrangiger Gemeinschaftsgüter dürfen Eingriffe in die Eigentumsfreiheit im Rahmen des Art. 19 II ebenso entschädigungslos erfolgen, wie z.B. Beschränkungen der Berufsfreiheit. Die systematische Auslegung gibt der h.L. Recht, die die Verletzung des Gleichheitssatzes als das

8 Ipsen, S. 84 f.

9 Greiner, Wiederbelebung des klassischen Enteignungsbegriffes, DÖV 1954, S. 585.

10 P. Schneider, Verfassungswidrigkeit, S. 79.

wesentliche Kriterium der Enteignung ansieht.¹¹ Auch die genetische und historische Interpretation bestärkt dies. Der Verfassungsgesetzgeber ließ sich nämlich von der Enteignungskonzeption zur Zeit der Weimarer Verfassung leiten. Damals schon wurde herrschend verkündet, was auch heute noch gilt, daß der Verstoß gegen den Gleichheitssatz die Enteignung kennzeichne.¹² Peters bezeichnet die Identifizierung der Enteignung mit der Verletzung des Gleichheitssatzes als "unglücklich". Es sei "untragbar", die zwei verschiedenen Verfassungssätze miteinander zu vermengen. Gerade wenn feststehe, daß eine Eigentumsentziehung nicht unsachlich und willkürlich, sondern durch das öffentliche Wohl geboten sei, greife Art. 14 III Platz.¹³ Peters erkennt, daß der aus Art. 3 I abzuleitende Lastengleichheitssatz der Bürger immer verletzt ist, wenn die Lasten ungleich verteilt sind. Eingriffe in das Eigentum sind insoweit immer willkürlich. Sie entbehren der Berechtigung, auch wenn sonst eine Reihe durchaus sachlicher Gründe für die Eigentumsbeschränkung vorgebracht werden können. Die Enteignung ist nur deshalb rechtmäßig, weil der ungleiche Eingriff den Willen zum Opferausgleich in sich trägt, weil also der Staat von vornherein zum Lastenausgleich bereit ist.

In Rechtsprechung und Schrifttum ist höchst umstritten, wann ein Eingriff in das Eigentum den Gleichheitssatz verletzt und wann dies nicht der Fall ist. Nach der vom BGH in ständiger Rechtsprechung vertretenen Einzelaktstheorie handelt es sich bei der Enteignung "nicht um eine allgemein und gleich wirkende, mit dem Wesen des betroffenen Rechts vereinbare inhaltliche Bestimmung und Begrenzung, sondern um einen gesetzlich zulässigen, zwangsweisen staatlichen Eingriff in das Eigentum, ..., der die betroffenen einzelnen oder Gruppen im Vergleich zu

11 Scheuner, Enteignungsentschädigung, S. 72 ff.; Dürig, JZ 1954, S. 5 f.; Ehlermann, S. 73.

12 Ipsen, S. 86 und Nachweise in BGHZ 6, S. 270 (276) und bei Stödter, Entschädigung, S. 173 ff., 190 ff.

13 Peters, S. 43; vgl. auch E. R. Huber, WVR II, S. 32 f. bez. Legalenteignung: "auch ein solches Gesetz muß 'Gleiches gleich und Ungleiches ungleich' behandeln, sonst wäre es verfassungswidrig und unwirksam. Die 'Legalenteignung' ist nur im Einklang mit dem Gleichheitssatz möglich."; vgl. auch Huber, WVR II, S. 52.

anderen ungleich, besonders trifft und sie zu einem besonderen, den übrigen nicht zugemuteten Opfer für die Allgemeinheit zwingt." ¹⁴ Der BGH sieht also den allgemeinen (generellen) Eingriff als gleich, den besonderen (speziellen) hingegen als ungleich an. Seine Auffassung ist weitgehend auf Kritik gestoßen, besonders im Hinblick auf die Legalenteignung. Einige Autoren haben versucht, den BGH aus Art. 19 I 1 zu widerlegen. So meinte Dirig, da Freiheitsbeschränkungen durch Gesetz nur abstrakt-generell möglich seien, könne ein Enteignungsgesetz, das selbst Opfer herbeiführe (Legalenteignung) begrifflich keine "besonderen" Opferlagen i. S. "ungleicher" Opferlagen schaffen. Die Einzeleingriffslehre habe durch Art. 19 I 1 einen schweren Stoß erhalten. Greiner sprach sogar von dem "Totalzusammenbruch" dieser Lehre. ¹⁵ Schack hält die Argumentation aus Art. 19 I 1 für nicht zwingend, weil das RG mit der Einzelakts-theorie einen Begriff der Enteignung hergestellt habe, der als solcher unabhängig sei von Art. 19 I 1. ¹⁶ Schack ist entgegenzuhalten, daß die Auffassung des RG zur Auslegung des GG nicht maßgeblich ist. Die historische Interpretation darf der systematischen nicht vorangestellt werden. Schack meint sodann, Art. 19 I könne die überkommene Begriffsbildung auch deswegen nicht erschüttern, weil es dem Grundgesetzgeber ferngelegen habe, in den Enteignungsbegriff hineinzusprechen. ¹⁶ Auch dieser Einwand überzeugt nicht, da bei der Auslegung des GG nicht primär auf den Willen des Verfassungsgesetzgebers abgestellt werden darf. Es gilt die objektive Auslegungsmethode. Zurecht wendet Dirig Art. 19 I 1 im Bereich des Art. 14 III an. Das ist heute auch ganz herrschende Meinung. ¹⁷ Dirig verkennt jedoch, daß auch die Legalenteignung einen ungleichen Eingriff in das Vermögen der Bürger darstellt. Sie schafft eine ungleiche Opferlage, weil sie eine Gruppe von Staatsbürgern besonders, d.h. unter Verletzung des Gleichheitssatzes belastet. ¹⁸ Die Vertreter materieller Enteignungstheorien haben der Einzelaktslehre des BGH entgegengehalten, sie sei zu formal.

14 BGHZ 6, S. 279 f.; so früher schon das RG.

15 Dirig, Wiederbelebung des klassischen Enteignungsbegriffes, DÖV 1954, S. 584; in diesem Sinne bereits Krüger, Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz, DVBl. 1950, S. 626.

16 Schack, Generelle Eigentumsentziehungen als Enteignungen, NJW 1954, S. 577.

17 Nachweise bei Klein, vMK, Art. 14, Anm. VII 7 d; Beispiele bei Weber, S. 370 F. 62.

18 Scheuner, Enteignungsentschädigung, S. 91 F. 64, S. 99, 123; Die Abgrenzung der Enteignung, DÖV 1954, S. 590.

Die Begriffe generell und speziell seien gerade im Falle der Gruppenenteignung ungeeignet, eine klare Abgrenzung herbeizuführen. Hier aber müsse sich jede Enteignungstheorie bewähren, da die meisten Gesetze im Rahmen des Art. 14 sich an bestimmte Gruppen von Bürgern wendeten und ihre Vermögensrechte berührten. Ob der Einwand stichhaltig ist, ist für unsere Fragestellung höchst bedeutsam: Monopolgesetze treffen in der Regel kleinere oder größere Gruppen von Staatsbürgern in ihrem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Es könnte eine Gruppenenteignung vorliegen. Die Einzelaktslehre dürfte als formale Theorie in der Tat nicht geeignet sein, das Problem der Abgrenzung der Enteignung von der Eigentumsbindung zu lösen. Das zeigt die Untersuchung von Peters zur Verfassungsmäßigkeit eines Beförderungsverbotes für Massengüter im Straßenverkehr. Peters verneint eine Enteignung der betroffenen Güterfern- und Werkfernverkehrsunternehmer, da es an einem Einzeleingriff mangle. Sodann sagt er: "Es handelt sich hier auch nicht um eine Einkerbung einer nur einen bestimmten, eng begrenzten Kreis von Unternehmern betreffenden Belastung in das Gewand einer Gesamtbelastung, sondern wirklich um einen eine große Zahl von Unternehmern betreffenden allgemeinen Eingriff." ¹⁹ Die Grenzziehung erscheint willkürlich. Mit einem Zahlenspiel läßt sich die Enteignungsproblematik nicht bewältigen. Die Gruppenbelastungen sind heutzutage so vielfältig und differenziert, daß es nicht von der zufälligen Größe einer Gruppe Staatsbürger abhängen darf, ob eine Enteignung oder eine Eigentumsbeschränkung vorliegt. Vielmehr wird man auf materielle Kriterien zurückzugreifen haben. Die von W. Jellinek begründete Schutzwürdigkeitstheorie ist allerdings nicht geeignet, solche materiellen Kriterien zu liefern. Wenn sie darauf abstellt, ob der Eigentumseingriff den Betroffenen zugemutet werden könne oder nicht, unterwirft sie die Abgrenzung zwischen Enteignung und Eigentumsbeschränkung weitgehend einer subjektiven Wertung. ²⁰ Hingegen dürften die Substanzminderungstheorie (Stödter), die Zweckentfremdungstheorie (Forsthoff) und die Privatnützigkeitslehre (Reinhardt) das Richtige

¹⁹ Peters, S. 43.

²⁰ Nachweise bei E. R. Huber, WVR II, S. 26 f.

treffen.²¹ Diese Auffassungen stellen auf die Intensität des hoheitlichen Eingriffs, auf seine Schwere und Tragweite ab. Nur solche Eingriffe in das Eigentum belasten danach materiell ungleich und sind folglich als Enteignung zu kennzeichnen, die das einzelne Vermögensrecht besonders nachhaltig treffen. Eingriffe, die das Eigentum nur peripherisch umgrenzen, sind dagegen Inhaltsbeschränkungen nach Art. 14 I 2. Stödter qualifiziert nur den wesentlichen, das einzelne Recht in seiner Substanz treffenden Eingriff als Enteignung. Der im konkreten Fall vorliegende Eingriff in ein Eigentumsrecht müsse mit der Belastung der übrigen Eigentumsrechte, mit dem materiellen Eigentumsrecht überhaupt verglichen werden. Verletzung der Substanz sei materiell Enteignung. Forsthoff knüpft an den Gesichtspunkt der Zweckentfremdung an. "Erfasst ein Gesetz Eigentum nach seinem Zweck, bindet es den Eigentümer lediglich in der funktionsgerechten Verwendung des Eigentumsgegenstandes, so wird die Dispositionsbefugnis des Eigentümers in den Grenzen der Sozialgebundenheit beschränkt... Wird dagegen dem Eigentümer eine Bindung auferlegt, die das Eigentumsobjekt seinem Zweck entfremdet, dann kann i. d. R. nicht mehr von Sozialgebundenheit gesprochen werden." Dann liegt eine Enteignung vor. Reinhardt schließlich stellt auf das Prinzip der Privatnützigkeit ab, das er aus der Anerkennung und Gewährleistung der persönlichen Freiheit in Art. 2 und des Privateigentums in Art. 14 ableitet. Aus den beiden Verfassungsbestimmungen folge, daß der privaten Initiative und dem privaten Interesse (= Privatnützigkeitsprinzip) für die Inangasetzung und Gestaltung des Wirtschaftsprozesses maßgebliche Bedeutung zukomme. Daher seien gesetzliche Bindungen, die dieses Prinzip in der konkreten Eigentümerposition respektierten Eigentumsbeschränkungen nach Art. 14 I 2. Wenn jedoch die konkrete Basis dieses Privatnützigkeitsprinzips aus höheren Gesichtspunkten einmal zerstört oder entzogen werden müsse, dann liege eine Enteignung vor.

21 Stödter, Über den Enteignungsbegriff, DÖV 1953, S. 99 f.; Entschädigung, S. 190 ff.; im Anschluß an Stödter: Ehlermann, S. 95 ff.; Hamann, Entschädigung bei Wirtschaftslenkungsmaßnahmen, BB 1952, S. 655 (in: Rechtsstaat, S. 90 f., schließt sich Hamann BGHZ 6, S. 270 an, mißversteht das Urteil jedoch, da er gänzlich auf materielle Gesichtspunkte abstellt); E. R. Huber, WVR II, S. 27 f. Forsthoff, S. 301 ff. (302). Reinhardt, S. 14, 29 ff.

Die Übersicht zeigt, daß die drei Theorien grundsätzlich gleich verfahren. Sie stellen auf die Tragweite und Schwere des Eigentumseingriffs ab.²² Der Eingriff in die Substanz des Eigentums ist Enteignung i.S. des Art. 14 III. Die materiellen Theorien ziehen hier eine gedankliche Verbindungslinie zu Art. 19 II. Sie identifizieren den Eingriff in die Eigentumssubstanz mit einer Wesensgehaltsverletzung des Freiheitsrechts. So sagt Ehlermann z.B., die Verletzung des Wesensgehaltes (Art. 19 II), d.h. der Substanz eines Individualrechts bewirke zwar nicht die Verfassungswidrigkeit der betreffenden Maßnahme, wohl aber als Korrelat die Ausgleichung des Substanzverlustes durch die staatliche Entschädigungspflicht. Aus Art. 19 II lasse sich das entscheidende Kriterium für die Abgrenzung von Eigentumsbindung und Enteignung entnehmen: der Eingriff in die Substanz. Das Wesen der Eigentums-Inhaltsbestimmung liege in der Belassung, in der Konservierung des Eigentumswesensgehalts bei seinem bisherigen Träger. Eine ungleiche Belastung und damit eine Enteignung sei gegeben, wenn der Eingriff den Wesensgehalt eines Vermögensrechts verletzt.²³ Mit Peter Schneider sind wir der Meinung, daß der Wesensgehalt des Art. 14 I 1 durch die Enteignungsregeln nicht angetastet wird.²⁴ Der Garantiergehalt i.S. des Art. 19 II darf nicht im Sinne der Resttheorie verstanden werden. Es kommt nicht darauf an, daß ein subjektiv-öffentliches Eigentumsrecht voll oder auch nur zum Teil erhalten bleibt. Es kann u.U. bis auf den Nullpunkt reduziert werden, ohne daß der Wesensgehalt verletzt wäre. Es kommt allein darauf an, daß die formellen und materiellen Eingriffsvoraussetzungen, von denen später noch die Rede sein wird, beachtet werden. Die Substanztheorie (Art. 14 III) darf man also keineswegs mit der Resttheorie (Art. 19 II) identifizieren. Art. 19 II bestimmt, "in keinem Fall" dürfe ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden. Es wäre eine schwere Inkonssequenz, wenn die Verfassung dieses wichtigste Verbot in Art. 14 III selbst durchbräche.

22 Das Schrifttum grenzt überwiegend nach materiellen Gesichtspunkten ab; ebenso das BVerwG, DÖV 1957, S. 666; auch das BVerfG, das lange Zeit unentschieden war (vgl. Kröner, Die Eigentumsgarantie in der Rechtsprechung des BCh, Köln-Berlin-München-Bonn, 1961, S. 19) hat sich in BVerfG 13, S. 229 f. schlüssig zur Substanztheorie bekannt.

23 Ehlermann, S. 100 f.; so auch E. R. Huber, WVR II, S. 25; Reinhardt, S. 26; Scheuner, Enteignungsentschädigung, S. 109.

24 P. Schneider, Nochmals Verfassungswidrigkeit, S. 50 f.

Die staatliche Entschädigungspflicht könnte die Wesensgehaltsverletzung der Eigentumsgarantie niemals rechtfertigen. Die EnteignungsentSchädigung wird aber auch gar nicht deshalb gewährt, weil angeblich der Wesensgehalt des Art. 14 I 1 verletzt ist. Die Entschädigung ist allein eine Konsequenz aus dem Gebot der gleichen Lastenverteilung. Der aus dem Gleichheitssatz abzuleitende Opferausgleichsatz fordert die Entschädigung. Art. 14 III ist insofern eine Spezialvorschrift zu Art. 3 I. Der Gleichheitssatz wäre in seinem wesentlichen Gehalt (19 II) verletzt, wenn die staatliche Gemeinschaft einzelnen Bürgern oder Bürgergruppen entschädigungslos besondere Opfer aufbürden würde. Mit der Eigentumsgarantie lassen sich solche Opfer materiell vereinbaren, wenn höherwertige Gemeinschaftsgüter gewahrt werden sollen und die Grundsätze der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit beachtet werden.

Die vorstehenden Überlegungen waren notwendig. Erst auf ihrer Grundlage läßt sich nun die Frage beantworten, ob die Einführung neuer Staatsmonopole - soweit das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der Bürger betroffen wird - eine Enteignung darstellt. In der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung und Literatur ist dazu bisher kaum etwas gesagt worden.²⁵

Das RG hatte im Jahre 1930 einen Fall zu entscheiden, dem folgender Sachverhalt zugrunde lag. Der Kläger betrieb als Naturheilkundiger eine Krankenanstalt, in der er fast ausnahmslos Leiden der Geschlechtsorgane behandelte. Durch das Reichsgesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten vom 18.2.1927 (RGBl I, S. 61) wurde ihm diese Tätigkeit untersagt. Der Kläger nahm daraufhin das Deutsche Reich unter Berufung auf Art. 151 III, 153 WRV auf Ersatz seines Erwerbsausfalls in Anspruch. Das RG wies die Klage ab. Eine Enteignung liege nicht vor, da es an einem Einzeleingriff fehle. Das Geschlechtskrankheitengesetz (§ 7) regelte vielmehr allgemein den Inhalt und die Schranken des Eigentums. Es greife nicht nur in die Rechte aller mit der Behandlung der dort erwähnten Krankheiten bereits geweremäßig befaßten Heilkundigen ein, sondern verbiete jedermann, mit Ausnahme der

²⁵ Ausnahme: Barschkies, S. 103 ff., wegen mangelnder Präzision lassen sich seine Ausführungen allerdings kaum verwerten; Köttgen, S. 47 ff., zu den Gemeindemonopolen; ebenso OVG-Münster, OVG 14, S. 170 (Leitsatz 3); gelegentliche Hinweise ohne Präzision, z.B. bei Badura, S. 241 f.

approbierten Ärzte, eine solche Heilbehandlung.²⁶ Wendet man diese Überlegungen auf den Monopolstatbestand entsprechend an, dann liegt keine Enteignung vor; denn eine Monopolisierung führt zu einem Ausschluß aller Deutschen von der vorbehaltenen Tätigkeit. Das Ergebnis befriedigt ebensowenig wie Peters' Leugnung der Enteignung im Falle eines Verbotes des Massengütertransportes durch Privatunternehmer.²⁷ Obgleich generelle Regelungen vorliegen, wird man doch im Hinblick auf die Wirkungen schärfer differenzieren müssen. Das generelle Berufsverbot trifft in der Tat alle Deutschen. Ihnen allen wird eine bestimmte Tätigkeit untersagt (Art. 12 I). In bezug auf Art. 14 I 1 werden aber nur die Bürger betroffen, die die nunmehr verbotene Tätigkeit in einem eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb bisher besorgt haben. Ihre Unternehmen verlieren nunmehr an Wert. Dieser Wertverlust ist u.U. sehr groß, nämlich dann, wenn ein Unternehmen ausschließlich die jetzt monopolisierte Tätigkeit ausübte. Alle anderen Deutschen werden vermögensrechtlich nicht betroffen.²⁸ Eine Gruppe von Staatsbürgern, nämlich diejenige, die die monopolisierte Tätigkeit bisher im eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb wahrnahm, wird also besonders nachhaltig getroffen. Sie wird stärker belastet als alle übrigen Staatsbürger. Diese dürfen die monopolisierte Tätigkeit zwar nicht aufnehmen. Das ist eine weitreichende Beschränkung ihrer Berufsfreiheit. Von Eingriffen in Eigentumsrechte bleiben sie jedoch verschont. Die besonders Betroffenen sind die bisher auf dem jetzt monopolisierten Sektor tätigen Bürger. Daß sie ihre Tätigkeit einstellen müssen, trifft sie beruflich. Darüber hinaus verlieren sie aber auch Vermögenspositionen. Der Monopoleingriff ist sehr stark, da die Privatunternehmer einen Teil oder sogar die gesamte Tätigkeit einstellen müssen. Sie werden besonders schwer betroffen und deshalb liegt eine Enteignung nach Art. 14 III vor.

III. Enteignungsvoraussetzungen.

Folgende materiellen und formellen Voraussetzungen sind unbedingt zu beachten, wenn die Enteignung verfassungsrechtlich zulässig, also

26 RGZ 129, S. 147 f.

27 Siehe F. 17.

28 Vgl. Bay. VGH, BayVBl. 1960, S. 56 ff.; eine Gemeindegesetzgebung ordnet den Anschlußzwang an ein gemeindliches Bestattungsunternehmen an: (S. 59) "Diesen Vorschriften ist der Anfechtungskläger (= privater Bestattungsunternehmer) unterworfen gewesen, noch bevor er seinen beabsichtigten Gewerbebetrieb begonnen hatte; eine Enteignung (Art. 14 GG) scheidet schon deshalb aus."

also rechtmäßig sein soll.

1. Gemäß Art. 14 I 1 ist die Enteignung nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig. Nur zum Zwecke der Wahrung verfassungserheblicher Gemeinwohlüter darf also enteignet werden. Das Enteignungsobjekt wird für eine Verwendung in Anspruch genommen, die dem Gemeinwohl in höherem Maße als die bisherige Verwendung dient. E. R. Huber sieht in der Änderung des Verwendungszwecks ein Begriffsmerkmal der Enteignung und zugleich das wesentliche Kriterium für die Abgrenzung der Enteignung von anderen Tatbeständen der Eigentumsentziehung.²⁹ Beides ist nicht richtig. Die Gemeinwohlklausel ist kein Begriffsmerkmal, sondern Zulässigkeitsvoraussetzung der rechtmäßigen Enteignung.³⁰ Die Zweckänderung ist als Abgrenzungskriterium zu anderen Formen der Eigentumsentziehung ungeeignet. Auch Beschränkungen des Eigentums nach Art. 14 I 2 können nämlich nicht beliebig auferlegt werden, sondern nur zur Wahrung übergeordneter Gemeinwohlwerte (vgl. Art. 14 I 2, II 2).

2. Die Enteignung ist nur als ultimum remedium zulässig. Sie muß dem Erforderlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprechen.

3. Gemäß Art. 14 III 2 darf sie nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen. Hier interessiert nur die Legalenteignung, nicht aber die Administrativenteignung. In Art. 12 I 2 verstanden wir unter Gesetz das formelle Parlamentsgesetz, gleichgültig, ob es die Berufsfreiheit unmittelbar regelt oder nur mittelbar über Ermächtigungsnormen. Eine Monopolisierung kann also auch in einer Rechtsverordnung oder in einer autonomen Satzung angeordnet werden, falls eine formelle Ermächtigungsnorm dies gestattet. Aus Art. 14 III 2 in Verbindung mit Art. 74 Ziff. 15 läßt sich jedoch eine weitere Schranke ableiten. Eine Enteignung darf danach nur durch ein formelles Gesetz geschehen. Enteignungen durch Rechtsverordnung oder autonome Satzung sind unzulässig. Wenn z. B. eine Gemeindegatsung auf Grund einer landesrechtlichen Ermächtigungsnorm die Gemeindegatsung zwingt, ausschließlich ein gemeindliches Fäkalienabfuhrunternehmen zu benutzen, mit der Folge, daß der Privatunternehmer, der diese Aufgabe bisher be-

29 E. R. Huber, WVR II, S. 23.

30 Das sieht E. R. Huber, WVR II, auf S. 52 richtig (= Widerspruch zu Huber, WVR II, S. 23); zu der Unterscheidung zwischen Begriffsmerkmalen und Zulässigkeitsvoraussetzungen vgl. Stödter, Entschädigung, S. 190 f.

sorgte, seinen Fuhrbetrieb nun schließen muß, dann liegt darin kein Verstoß gegen Art. 12 I 2, wohl aber gegen Art. 14 III 2. Die den Benutzungszwang verfügende Norm wendet sich zwar nicht direkt an den Privatunternehmer; jedoch trifft sie ihn mittelbar und darin liegt eine Einschränkung der freien Berufswahl. Die gegenteilige Auffassung des Bay. VGH ist m.E. unhaltbar.³¹ Nicht nur die unmittelbaren Staatseingriffe (und Gemeindееingriffe), sondern auch die mittelbaren sind an den Grundrechten zu messen. Der Staat (die Gemeinden) darf nicht im Wege rechtlicher Kunstgriffe die Freiheitsrechte aushöhlen.³² Das Gemeindemonopol ist mit Art. 12 I 2 vereinbar, obgleich es in einer autonomen Satzung verankert ist. Da aber auch eine Enteignung vorliegt, gilt Art. 14 III 2. Die Gemeinde kann nicht auf Grund einer Satzung enteignen. Die Gemeinde muß versuchen, den Privatunternehmer gegen entsprechende Entschädigung zur Aufgabe seiner Tätigkeit zu veranlassen. Nur dann ist sie in der Lage, ein Monopol einzuführen.

Daß die Legalenteignung immer eine generelle Regelung i.S. des Art. 19 I 1 darstellt, wurde schon gesagt. Individuelle Enteignungsgesetze wären also verfassungswidrig. Ein besonderes Problem ergibt sich dann, wenn die Monopolisierung eine Tätigkeit verbietet, die bisher nur von einem einzigen Privatunternehmer beruflich wahrgenommen wurde. Dieser Fall ist zwar mehr theoretisch als praktisch. Dennoch bedarf er einer Lösung. M.E. ist hier ausnahmsweise die staatliche Monopolisierung zulässig, obgleich ein individueller Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb vorliegt. Art. 19 I 1 ist sinnvoll nur dort anwendbar, wo eine generelle Regelung überhaupt denkbar ist. Falls ein singulärer Sachverhalt vorliegt, der weder jetzt noch in Zukunft ein zweites Mal vorkommt, ist Art. 19 I 1 nicht anzuwenden.

31 BayVGH in BayVBl. 1960, S. 58.

32 Zu den mittelbaren Eingriffen in Freiheitsrechte vgl. Peter Schneider, Rechtsgutachten, S. 45 f.; es geht um Eingriffe in Art. 9 GG, der die private Vereinsfreiheit garantiert: (S. 45 f.) "Es ist aber nicht ohne weiteres einzusehen, weshalb diese Freiheit nicht beeinträchtigt werde, wenn der Staat in einem bestimmten Lebensbereich den Zwangsbeitritt zu einem öffentlich-rechtlichen Verband verfügt und für diese Lebensbereiche die Möglichkeit, sich einer privaten Vereinigung anzuschließen, welche die nämlichen Zwecke verfolgt wie der öffentlich-rechtliche Verband, faktisch ausschließt oder zumindest einschränkt. Zwar sind öffentlich-rechtliche Verbände keine Vereine i.S. des Art. 9 Abs. I GG... Auf der anderen Seite wird man jedoch nicht verkennen dürfen, daß die Vereinsfreiheit als 'Freiheit vom Staat' sich gegen jede staatliche Maßnahme richtet, welche den Raum verengt, innerhalb dessen der einzelne die Entscheidung treffen kann, ob er sich mit anderen einzelnen zu gemeinsamen Zwecken zusammenschließen wolle oder nicht."

In der Literatur ist umstritten, ob Art. 19 I 2 auch für die Enteignung gilt. Bachof und Dürig nehmen dies an.³³ Die h.M. verneint es.³⁴ Sie hat recht. Die Junktim-Klausel des Art. 14 III 2 ist bereits eine besondere Form des Zitiergebotes des Art. 19 I 2 und erfüllt folglich dessen Funktion.

4. Das Enteignungsgesetz muß Art und Ausmaß der Entschädigung regeln (Junktim-Klausel : Art. 14 III 2). Dies ist eine zwingende Gültigkeitsbedingung. Soweit Monopolgesetze also enteignen, müssen sie diese Voraussetzung erfüllen.

5. Die Entschädigung ist unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten zu bestimmen (Art. 14 III 3). Monopolgesetze, die zugleich Enteignungsgesetze sind, dürfen die Entschädigung also nicht versagen. Sie dürfen auch nicht eine unzureichende Entschädigung vorsehen oder sich gar völlig darüber ausschweigen. Die Formulierung in Art. 14 III 3 meint im wesentlichen das gleiche wie der Ausdruck "angemessene Entschädigung", den Art. 153 II WRV gebrauchte. Es soll echter Wertersatz geleistet werden. Das besondere Opfer ist durch ein volles Äquivalent auszugleichen. Der Wertverfall beim Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb läßt sich durch einen Vergleich ermitteln. Es ist der gemeine Wert des Unternehmens festzustellen, der ihm vor bzw. nach der Monopolisierung zukommt. Dabei wird klar, daß der Unternehmer im Falle der Veräußerung vor der Begründung des staatlichen Ausschlußrechts einen erheblich höheren Preis erzielt hätte als danach. Durch den Wegfall der Nachfrage schwinden die Gewinnchancen. Vielleicht ist der Unternehmer sogar gezwungen, seinen Betrieb völlig zu schließen. Er könnte ihn nur noch zum Werte der einzelnen Vermögensteile, nicht aber als geschlossenes Unternehmen veräußern. Der Firmenwert geht gänzlich verloren. Die Vermögenseinbußen können, je nach Lage des Einzelfalls, u.U. sehr hoch sein.³⁵

IV. Die Bergbaumonopole und Art. 14 I 2, III.

Umstritten ist die Frage, ob bei der Begründung eines Bergbaumonopols

33 Bachof, Zur Bedeutung des Entschädigungs-Junktims in Enteignungsgesetzen, DÖV 1954, S. 595 f. 24 ; Dürig, JZ 1954, S. 7 f.

34 Klein, vMK, Art. 14, Anm. VII 7 e m.w.N.

35 Genaueres zur Bemessung der Entschädigung bei Weber, S. 387 ff.; Scheuner, Enteignungsentschädigung, S. 128 ff.; Knoll, AÖR 81 (1956), S. 157 ff.; zu Art. 14 III 4: E.R. Huber, WVR II, S. 59.

Art. 14 I 2 oder 14 III vorliegt. Hier interessiert zunächst nur die Begründung eines ausschließlichen Rechts zur Aufsuchung und Gewinnung von nicht bergfreien Bodenschätzen, also von Grundeigentümermineralien. Dabei handelt es sich um vermögenswerte Rechte i.S. der Eigentums-garantie in Art. 14 I 1. Auf der Grundlage des Art. 153 WRV hatte der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich in einem Urteil aus dem Jahre 1929 diese Streitfrage erstmals für den Staatsvorbehalt für Steinkohle und Erdöl entschieden. Er kam zu dem Ergebnis, daß "keine Enteignung, sondern eine Neuregelung der Gesetzgebung über Inhalt und Schranken des Grundeigentums" vorliege.³⁶ Vom Standpunkt der Einzel-aktstheorie aus ist das konsequent. Der BGH hat im Jahre 1955 die preußische ErdölVO vom 13.12.1934 an Art. 153 WRV gemessen. Das Erdöl-monopol wurde damals unter Ausschluß der Entschädigung eingeführt. Da dies auch im Falle einer Enteignung möglich war (Art. 153 II 2 WRV), stellte der BGH ausdrücklich dahin, ob in der Einführung des Staats-monopols eine Eigentumsbindung oder eine Enteignung zu erblicken sei. Der BGH ließ jedoch erkennen, daß er eine Eigentumsbindung bejahen würde. Er leugnete nämlich den Einzeleingriff i.S. der Auffassung des Großen Senats für Zivilsachen (BGHZ 6, S. 270 (280)) und sprach in der Begründung des Urteils davor, daß das Grundeigentum durch die ErdölVO in gesetzlich zulässiger Weise "inhaltlich beschränkt bzw. sozial gebunden worden war".³⁷ Auch Schick und Badura sind der Auffassung, daß die Einführung eines Staatsvorbehaltes für die Aufsuchung und Gewinnung von nicht bergfreien Bodenschätzen keine Enteignung dar-stellt.³⁸ Nachkonstitutionelle Bergbauvorbehalte wären also nach Art. 14 I 2 zulässig. Bei vorkonstitutionellen Bergmonopolen sind die Eigen-tumseingriffe abgeschlossen, so daß Art. 14 nicht mehr anzuwenden ist.

Entgegen den vorstehenden Meinungen halten Huber und Schack dafür, die Einführung des Staatsvorbehalts an Grundeigentümermineralien sei eine Enteignung (Art. 14 III).³⁹ Diese Auffassung ist richtig. Die Begrün-

36 RGZ 124, S. 33.

37 BGHZ 19, S. 209 (211, 225).

38 Schick, S. 933 F. 38; Badura, S. 157 m.w.N.; vgl. auch Hamann, Kom., Art. 14, Anm. B 1 m.w.N.; er beschränkt den verfassungsrechtlichen Eigentums-begriff: in sehr großer Tiefe liegende Bodenschätze fielen von vorn-herin nicht unter die Eigentums-garantie. Der Verfasser verwechselt Eigentumsbegriff und Eigentums-garantie.

39 E. R. Huber, WVR II, S. 162 f.; Schack, Generelle Eigentumsentziehungen als Enteignungen, NJW 1954, S. 580 F. 34; ebenso Barschkies, S. 107.

dung des Monopols trifft alle Grundeigentümer, in deren Böden sich das nunmehr monopolisierte Mineral befindet, besonders nachhaltig. Im Verhältnis zu allen anderen Grundeigentümern werden sie besonders belastet. Eine wichtige Teilbefugnis wird von ihrem Eigentumsrecht abgespalten. Es liegt ein Substanzeingriff vor, der zu entschädigen ist.

Auch bei der Begründung eines Staatsvorbehalts an bergbaufreien Mineralien kann eine Enteignung vorliegen. Falls private Unternehmer das Bergwerkseigentum, also das Recht der Aufsuchung und Gewinnung dieser nun monopolisierten Mineralien zustand, werden sie besonders nachhaltig getroffen und sind dafür zu entschädigen.

C. Staatliche Verwaltungsmonopole und Art. 15

1. In der verfassungsrechtlichen Literatur wird die Meinung vertreten, Art. 15 gestatte staatliche Monopole. Erstmals lesen wir bei E. R. Huber, das Recht der Berufsfreiheit (Art. 12 I) könne auf Grund der staatlichen Sozialisierungsmacht ausgeschaltet werden. Innerhalb sozialisierter Wirtschaftszweige ließe sich ein gesetzliches Monopol begründen. Art. 15 erlaube die Ausdehnung von staatlichen oder sonstigen gemeinwirtschaftlichen Vorbehaltsrechten und Regalien auf die der Sozialisierung unterworfenen Wirtschaftssektoren. Die Gewährleistung der Berufsfreiheit stehe also unter dem Sozialisierungsvorbehalt des Art. 15.¹ Außer Huber sind auch Rings, Thieme, Ballerstedt, Bachof und Köttgen der Auffassung, Art. 15 lasse staatliche Monopole zu.² An einer Begründung fehlt es jedoch meist. Nur Ballerstedt und Bachof bemühen sich darum. Ballerstedt meint, der Sinn einer Sozialisierung liege gerade auch darin, daß nicht nur in der Gegenwart, sondern ebenso in der Zukunft der betreffende Wirtschaftszweig allein den Trägern des Gemeineigentums vorbehalten sein soll. Bachof meint, Sozialisierungsmaßnahmen verlören ganz wesentlich an Wirksamkeit, wenn man die Möglichkeit eines Ausschlusses selbständiger unternehmerischer Betätigung in den sozialisierten Wirtschaftszweigen verneinte. Schranke gegen eine uferlose Ausweitung mit der Sozialisierung verbundener Monopolisierungen

1 E. R. Huber, WVR II, S. 151.

2 Rings, S. 657; Thieme, S. 282; Ballerstedt, S. 83; Bachof, Freiheit, S. 202 f.; Köttgen, S. 42.

sei die Grundsatzentscheidung und Garantie für eine freie Berufsordnung in Art.12 I.

2. Ob die vorstehenden Überlegungen zutreffen, kann nur eine sorgfältige Exegese des Art.15 ergeben. - Art.15 steht zwar im Grundrechtsabschnitt, enthält jedoch kein Freiheitsrecht. Er ermächtigt den Gesetzgeber, Grund und Boden, Naturschätze und Produktionsmittel zum Zwecke der Vergesellschaftung in Gemeineigentum oder in andere Formen der Gemeinwirtschaft zu überführen.

Der Ausdruck "Gemeinwirtschaft" erweist sich als der zentrale Begriff. Er gibt dem "Zweck der Vergesellschaftung" seine eigentliche Bestimmung. Er selbst gewinnt Farbe, wenn man ihn dem Terminus "Privatwirtschaft" gegenüberstellt. In dieser Wirtschaftsform gilt das Prinzip der Privatnützigkeit, in jener das der Gemeinnützigkeit. In der Privatwirtschaft treffen private Unternehmer die wirtschaftlichen Entscheidungen, in der Gemeinwirtschaft dagegen Kollektive. Hier ist die wirtschaftliche Tätigkeit ganz oder zum Teil im Interesse des Gemeinwohls planmäßig zusammengefaßt. Sie wird unter Teilnahme gesellschaftlicher Kollektivorgane entweder unmittelbar gelenkt oder mittelbar kontrolliert. Vergesellschaftung bedeutet also Verwirklichung eines neuen wirtschaftsteleologischen Prinzips, nämlich der Gemeinwirtschaft. Mit dieser Zwecksetzung verträgt sich der Gedanke, daß im sozialisierten Wirtschaftsbereich Privatunternehmer nicht konkurrierend tätig werden. Damit ist allerdings noch nicht gesagt, ob Art.15 staatliche Monopole zuläßt.

Art.15 gestattet, daß bestimmte Objekte "in Gemeineigentum oder in andere Formen der Gemeinwirtschaft überführt werden." Er erlaubt also Eingriffe in das in Art.14 I 1 geschützte Eigentum. Die Sozialisierung ist kein Sonderfall der Enteignung des Art.14 III.³ Sie ist vielmehr ein eigenständiges Verfassungsinstitut und erlaubt im Gegensatz zur Legalenteignung keinen bloßen Eigentümeraustausch ohne grundsätzliche Neuordnung der Eigentumsherrschaft. Grund und Boden, Naturschätze und Produktionsmittel können in Gemeineigentum überführt werden. Privateigentum an diesen Objekten kann also entzogen und in die Hände überindividuellere Gesamtheiten gelegt werden, die es im Interesse der Gemeinschaft ausüben. Werden die Sozialisierungsgegen-

3 Klein, vMK, Art.15, Anm.III 3 c m.w.N.

stände in andere Formen der Gemeinwirtschaft überführt, dann wird die formelle Eigentumslage zwar nicht verändert, der Eigentumsgebrauch aber entscheidend von öffentlichen Stellen beeinflusst. Hamann spricht in bezug auf Art. 15 von seiner "spezifischen Bedeutung.... als einer Regelung der Eigentumsordnung". Art. 15 betreffe "nur die Eigentumsordnung, nicht die wirtschaftliche Tätigkeit als solche".⁴ Das ist richtig. Jedoch wird man nicht verkennen dürfen, daß die Sozialisierung auch das Recht der Berufsfreiheit einschränkt. So trifft die Sozialisierung von Produktionsmitteln private Gewerbetreibende in ihrem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb und berührt zugleich die berufliche Freiheit. Die selbständige Berufstätigkeit ist praktisch aufgehoben, wenn der Privatunternehmer nicht mehr eigenständig über den Einsatz der Produktionsmittel befinden kann. Diese Rückwirkungen auf Art. 12 I gestattet Art. 15. Soweit also ein Sozialisierungsgesetz Art. 12 I 1 einschränkt, braucht zu seiner Rechtfertigung nicht auf den Vorbehaltssatz in Art. 12 I 2 zurückgegriffen zu werden. Vielmehr geht Art. 15 als die speziellere Norm vor. Daraus läßt sich aber nicht der weitergehende Schluß ziehen, Art. 15 legitimiere staatliche Monopole. Sozialisierungsmaßnahmen mögen sehr nachhaltig die Berufsfreiheit der betroffenen Bürger beschränken. Sie bedeuten jedoch i. d. R. keine Sperre gegen eine erneute private Tätigkeit. Art. 15 ist nämlich restriktiv auszulegen. Aus dem Regel-Ausnahme Verhältnis der Freiheits- und Vorbehaltssätze folgt dieses Gebot. Bei Art. 15 ist es besonders scharf zu handhaben, da diese Norm zu sehr weitgehenden Eingriffen in die freiheitliche Eigentumsverfassung ermächtigt. Auch aus der systematischen Stellung des Art. 15 im Anschluß an die Eigentumsgarantie in Art. 14 läßt sich ableiten, daß Art. 15 primär auf eine Änderung der Eigentumsverfassung zielt. Staatliche Monopole gestattet Art. 15 nur dann, wenn die Sozialisierung logisch zwingend zur völligen Aufhebung der Berufsfreiheit führt. Bei der Vergesellschaftung der Produktionsmittel ist das nicht der Fall. Neue Produktionsmittel können von der privaten Wirtschaft erstellt werden. Anders ist es dagegen bei der Sozialisierung der Naturschätze. Hierunter fallen Bodenschätze und alle wirtschaft-

4 Hamann, Kom., Art. 15, Anm. A 1 b, B 5.

lich nutzbaren Naturkräfte, insbesondere Wasserkräfte. Durch die Vergesellschaftung werden die Naturschätze der privaten Verfügungsmacht entzogen. Die selbständige private Berufstätigkeit ist in diesem Bereich nun völlig ausgeschlossen. Das kommt daher, daß die Naturschätze nicht beliebig vermehrbar sind, wie es bei den Produktionsmitteln der Fall ist. In der Literatur wird zutreffend anerkannt, daß Art. 15 exklusive staatliche Aufsuchungs- und Gewinnungsrechte verfassungsrechtlich legitimiert.⁵ Vorausgesetzt wird dabei eine gemeinwirtschaftliche Regelung, die die Verfügungsmacht über die dem Staatsvorbehalt unterworfenen Naturschätze der Mitbeteiligung der Allgemeinheit zuführt. Ein Bergbauvorbehalt ohne gemeinwirtschaftliche Regelung kann dagegen - wie schon gezeigt - nach Art. 12 I, 14 III begründet werden.

Soweit eine Sozialisierung nicht logisch zwingend eine bestimmte Berufstätigkeit der privaten Ausübung völlig versperrt, läßt sich ein Monopol nur im Rückgriff auf Art. 12 I einführen. Art. 15 gibt dem Gesetzgeber insoweit nicht die Möglichkeit, im Wege der Sozialisierung neue Verwaltungsmonopole zu schaffen. Art. 15 ist deshalb auch nicht zu entnehmen, daß der Gesetzgeber mit Art. 12 I die bestehenden Verwaltungsmonopole nicht antasten wollte.⁶

D. Staatliche Verwaltungsmonopole und Art. 2 I

1. Außer der Berufs- und Eigentumsfreiheit beschränken die staatlichen Monopole auch den freien Leistungswettbewerb. Das Recht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 I) könnte verletzt sein.

In der Literatur ist umstritten, ob Art. 2 I überhaupt die Wettbewerbsfreiheit, also das Recht, sich durch freie Leistungskonkurrenz auf dem Markt durchzusetzen, mitumfaßt. Schüle verneint das.¹ Freie Persönlichkeitsentfaltung und freier Wettbewerb seien "etwas grund-

5 Krüger, S. 203; Thieme, S. 2 82; Huber, WVR II, S. 162 f.; eine Rückwirkung des Art. 15 auf vorkonstitutionelle Bergbauvorbehalte gibt es jedoch nicht.

6 Rings, S. 657.

1 Schüle, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVDStRL, Heft 11 (1954), S. 85; auch im übrigen gewährleiste das GG den freien Wettbewerb nicht.

sätzlich Verschiedenes". Diese Auffassung erinnert an die Streitfrage, ob Art.2 I auch im Bereich der Wirtschaft gelte.² Zutreffend bejaht das die herrschende Lehre.Mit Wortlaut und Sinn des Art.2 I läßt sich die Gegenmeinung nicht vereinbaren.Das bestätigt erst recht die Zusammenschau des Art.2 I mit dem obersten Konstitutionsprinzip unserer Verfassung,dem Satz von der Menschenwürde (Art.1 I).Die h.M. verankert die Wettbewerbsfreiheit in Art.2 I.³ Über meint,Art.12 I garantiere sie,während Thieme beide Vorschriften heranzieht.⁴ - Art.12 I gewährleistet die Berufsfreiheit.Von Wettbewerbsfreiheit ist dort nicht die Rede.Deshalb dürfte die h.M. recht haben,wenn sie auf Art.2 I rekurriert.Die Rechte anderer,die verfassungsmäßige Ordnung und das Sittengesetz schränken die Wettbewerbsfreiheit ein. In der Literatur wird die Meinung vertreten,Rechte anderer i.S. des Art.2 I seien auch staatliche Monopolrechte.⁵ Das dürfte nicht zutreffen.Öffentlich-rechtliche Befugnisse des Staates sind über den Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung gegenüber der individuellen Freiheit des Art.2 I zu rechtfertigen.⁶ Seit langem wird darüber gestritten,was unter dem Begriff "verfassungsmäßige Ordnung" zu verstehen ist.Das BVerfG bezeichnet "die allgemeine Rechtsordnung ..., die die materiellen und formellen Normen der Verfassung zu beachten hat",als verfassungsmäßige Ordnung.⁷ Diese Auffassung wurde besonders von Dirig angegriffen.⁸ Seine Einwände überzeugen.Die Gleichsetzung des Terminus verfassungsmäßige Ordnung mit allgemeiner Rechtsordnung verdammt in der Tat die beiden anderen Vorbehalte in Art. 2 I zur Bedeutungslosigkeit und steht auch in Widerspruch zu dem subtil geregelten System der Gesetzesvorbehalte im Grundrechtteil überhaupt. Schließlich ist es auch unzutreffend "verfassungsmäßig" i.S. von "der Verfassung nicht widersprechend" zu deuten,da das Freiheitsrecht in Art.2 I nicht durch jede dem GG nicht widersprechende Norm,ein-

2 Dirig in MD,Art.2 I,RdNr 11.

3 Dirig in MD,Art.2 I,RdNr 48 m.w.N.

4 Über,S.147,149; Thieme,S.281.

5 Peters,S.19; Klein,vMK,Art.2,Anm. IV 1 a.

6 So auch Dirig in MD,Art.2 I RdNr 14; Koch,Anm.zu Urteil des AG Montabaur vom 8.1.1963,BB 1963,S.627.

7 BVerfG 6,S.32 ff.(38).

8 Dirig in MD,Art.2 I,RdNr 18.

geschränkt wird, sondern nur durch Normen, die die Verfassung auch wirklich erfordert. Richtig dürfte es sein, mit Huber und Dürig den Begriff "verfassungsmäßige Ordnung" als Gemeinwohlklausel zu deuten.⁹ Demnach findet die Entfaltungsfreiheit dort ihre Grenze, wo verfassungserhebliche Forderungen des Gemeinwohls diese Grenzziehung unabdingbar gebieten. Mit dem Wesensgehalt des Art. 2 I (19 II) lassen sich Einschränkungen zur Wahrung höherrangiger, der Verfassung entsprechender, Gemeinwohlinteressen vereinbaren, falls sie erforderlich und verhältnismäßig sind. Die Grenzen des Freiheitsrechtes lassen sich keineswegs vom Begriff der "verfassungsmäßigen Ordnung" her ermitteln. Vielmehr kommt es darauf an, unter Zugrundelegung der Ausgangsvermutung zugunsten des Menschen von der Freiheit her die Grenzen abzustecken.¹⁰

Bei der Einführung staatlicher Verwaltungsmonopole wird die Wettbewerbsfreiheit ebenso wie die Berufsfreiheit auf dem dem Staat vorbehaltenen Wirtschaftssektor völlig ausgeschlossen. Nach E.R. Huber ist die Ausschaltung des freien Wettbewerbs dort geboten oder statthaft, "wo das Grundgesetz Staatsmonopole vorschreibt oder zuläßt".¹¹ Das trifft zu. Falls also ein staatliches Monopol nach Art. 12 I eingeführt werden darf, widerspricht es auch nicht dem Wesensgehalt des Art. 2 I, wenn dadurch die Wettbewerbsfreiheit ausgeschaltet wird. Wegen der engen Verknüpfung von Berufs- und Wettbewerbsfreiheit wird man eine Gleichschaltung der Voraussetzungen für zulässig erachten dürfen. Falls also besonders wichtige verfassungserhebliche Gemeinwohlinteressen eine Monopolisierung zwingend erfordern, ist sie auch nach Art. 2 I zulässig.

2. Auch die Vertragsfreiheit wird durch die staatlichen Monopole eingeschränkt. Die Vertragsfreiheit ist die Freiheit eines jeden, mit jedem anderen jeden Vertrag zu schließen. Die staatlichen Monopole

9 Dürig in MD, Art. 2 I, RdNr 19-25; E.R. Huber, DÖV 1956, S. 136.

10 P. Schneider, Rechtsgutachten, S. 26; er kritisiert EVerfG 6, S. 32, 38: Die extensive Ausdeutung des Begriffs verfassungsmäßige Ordnung durch das EVerfG "enthält in der Tat einen logischen Zirkel. Die Grundrechte sind in erster Linie Maßstab für staatliche Akte. Wenn Art. 2 Abs. 1 GG ein echtes Freiheitsrecht garantiert, muß es also bestimmen, was eine 'formell und materiell verfassungsmäßige Rechtsnorm' ist und darf nicht umgekehrt der Schutzzumfang von dieser Bestimmung abhängen."

11 E.R. Huber, DÖV 1956, S. 136.

beschränken die Bürger in der freien Wahl ihres Vertragspartners. Da keine besondere Grundrechtsvorschrift die Vertragsfreiheit gewährleistet, ist auf Art. 2 I als Auffangrecht zurückzugreifen.¹² Staatliche Monopole sind über den Vorbehalt der verfassungsmäßigen Ordnung zuzulassen. Sind sie nach Art. 12 I erlaubt, dann gestatten sie auch die Einschränkung der Vertragsfreiheit.

E. Staatliche Verwaltungsmonopole und Art. 3 I

Der Gleichheitssatz des Art. 3 I wirft bei den staatlichen Monopolen keine besonderen Fragen auf. Soweit die Statuierung staatlicher Ausschlußrechte Art. 14 III erfüllt, ist Art. 3 I als *lex generalis* ohnehin nicht anzuwenden.¹ Im übrigen beschränken die Monopole in ihrem Wirkungsbereich alle Bürger (und Nichtbürger) in der Berufs-, Wettbewerbs- und Vertragsfreiheit, so daß Art. 3 I nicht verletzt sein kann.

III. Unterabschnitt: Die Zulässigkeitsvoraussetzungen staatlicher Finanzmonopole im Bereich der Grundrechtsordnung.

Staatliche Finanzmonopole und Art. 12 I

I. 1. Wie die Verwaltungsmonopole, so schränken auch die Finanzmonopole die freie Berufswahl ein. Unzutreffend meint Ballerstedt, beim Zündholz- und Branntweinmonopol sei Art. 12 I nicht im Spiel. Der Staat habe sich hier lediglich "Zwischenhandelsfunktionen" vorbehalten. Einen selbständigen Beruf des Branntwein- oder Zündholz-zwischenhändlers gebe es nicht.¹ Diese Auffassung verträgt sich nicht mit dem in dieser Arbeit vertretenen weiten verfassungsrechtlichen Berufsbegriff, der jede Tätigkeit umfaßt, die Grundlage einer Lebensführung sein kann. Auch der Branntwein- und Zündholz-zwischenhandel ist

12 So h. L., vgl. z. B. E. R. Huber, DÖV 1956, S. 138.

1 Ipsen, Gleichheit, in: Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, hrsg. von Neumann-Nipperdey-Scheuner, 2. Bd., Berlin 1954, S. 182.

1 Ballerstedt, S. 82.

Beruf i.S. des Art.12 I.

2. Da Finanzmonopole die Berufsfreiheit grundsätzlich ebenso nachhaltig treffen wie Verwaltungsmonopole, gelten in ihrem Bereich die strikten Zulässigkeitsvoraussetzungen, die weiter oben für die Verwaltungsmonopole aufgestellt wurden. Finanzmonopole sind also nur dann mit Art.12 I 1 zu vereinbaren, wenn besonders wichtige verfassungs- erhebliche Gemeinwohlinteressen sie zwingend erfordern. Finanzmonopole dienen vornehmlich dazu, dem Staat Geldeinnahmen zu verschaffen. Es können daneben auch nichtfiskalische, sog. Verwaltungszwecke verfolgt werden. Hier kommt es nur darauf an, ob der Finanzzweck den völligen Ausschluß der Bürger von der Berufsfreiheit zu rechtfertigen vermag.

Das Interesse des Staates, Einnahmen zu erzielen, ist ein legitimes Gemeinwohlinteresse. Der soziale Rechtsstaat des GG (Art.20 I) kann die ihm obliegenden Gemeinschaftsaufgaben nur wahrnehmen, wenn er auch die nötigen Mittel dazu hat. Das erkennt auch das GG an. Es widmet einen ganzen Abschnitt (Art.105 - 115) dem Finanzwesen. Zwar enthält dieser Abschnitt keine materiell-rechtlichen Regelungen.² Er trägt jedoch den Schluß, daß der Zweck der Einnahmenerzielung ein verfassungserhebliches Gemeinwohlinteresse darstellt. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß der Staat berechtigt sein soll, Finanzmonopole einzuführen und so die Berufsfreiheit in bestimmten Teilbereichen völlig auszuschließen. Wägt man das Freiheitsrecht des Art.12 I 1 gegen das staatliche Fiskalinteresse ab und behält man dabei im Auge, daß die Berufswahl nach Art.12 I 1 grundsätzlich frei sein soll, so wird man erkennen müssen, daß das staatliche Finanzinteresse nicht von so überragender Wichtigkeit gegenüber der Berufsfreiheit ist, daß es den völligen Ausschluß von ihr zu rechtfertigen vermöchte. Zutreffend sagt Hamel, die Errichtung von Finanzmonopolen stehe mit Art.12 I GG im Widerspruch; denn der Gesichtspunkt, dem Staate Geldquellen zu erschließen zielt nicht auf den Schutz eines Rechtsgutes ab, das vor diesem Grundrecht den Vorrang hätte.³ Sollte man der Meinung sein, das staatliche Finanzinteresse wäre von solch hervorragender Bedeutung, daß es sogar die freie Berufswahl völlig auszuschließen vermöchte, so würde das Erforderlichkeitsprinzip dies letz-

2 v. Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, 1. Aufl., Berlin und Frankfurt 1953, Vorbem. vor Art.105 ff., X 2.

3 Hamel, S. 64.

lich doch wieder vereiteln. Der Staat darf die Freiheitsrechte nämlich immer nur so weit einschränken, als es unbedingt erforderlich ist. Finanzmonopole sind m.E. nicht notwendig, um den Finanzzweck zu erreichen. Der Staat kann bereits im Wege der supplementären Wirtschaftstätigkeit, aber insbesondere auch durch Erhebung von Steuern sein Geldbedürfnis befriedigen.

Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der rein fiskalischen staatlichen Wirtschaftstätigkeit ist in der Literatur höchst umstritten.⁴ Die damit zusammenhängenden Fragen sind wiederholt erörtert worden. Dennoch harrt dieser Problemkreis einer eingehenden Spezialuntersuchung. Hier kann auf die wesentlichen Fragen nur kurz eingegangen werden. Torz meint, die privatwirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand erhalte ihre "Legitimation lediglich durch ihre nicht wegzudiskutierende historisch bedingte Existenz".⁵ Diese Begründung darf keineswegs ausreichen. Das fiskalische Staatshandeln mag zwar "eine Art 'eingebrachtes Gut' des Absolutismus" darstellen.⁶ Damit ist aber noch lange nicht gesagt, ob das GG es sanktioniert. Die erwerbswirtschaftliche Betätigung des Staates beeinträchtigt Freiheitsrechte der Bürger. Die Berufsfreiheit und die Wettbewerbsfreiheit werden mittelbar eingeschränkt, weil die staatlich ausgenutzten Berufschancen den Bürgern entzogen werden. Nicht rechtlich, sondern faktisch werden die genannten Grundrechte also beeinträchtigt. Auch die private Eigentumsbildung wird mit der Kapitalakkumulation in der Hand des Staates eingeengt.⁷ Wegen dieser Kollision der erwerbswirtschaftlichen Staatstätigkeit mit der Freiheitssphäre der Bürger ist es hochbedeutsam, ob das GG diese Tätigkeit überhaupt gestattet und wo ggf. die Grenzen zu ziehen sind.

Art. 20 III bindet die vollziehende Gewalt - und dazu gehört auch die fiskalische Verwaltung⁸ - an Gesetz und Recht und damit auch an die verfassungsmäßige Ordnung, an die sich ja die Gesetzgebung zu halten hat. Zur verfassungsmäßigen Ordnung gehört das Sozialstaatsprinzip, das unmittelbare und aktuelle Bedeutung beansprucht. Mit diesem

4 Die Ausdrücke "fiskalische Tätigkeit", "privatwirtschaftliche Tätigkeit" und "erwerbswirtschaftliche Tätigkeit" werden hier synonym gebraucht. Der Bereich der Daseinsvorsorge in privaten Formen scheidet daraus aus.

5 Torz, Die privatwirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und das Grundgesetz, DÖV 1958, S. 209.

6 Zeidler, Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL, Heft 19, S. 224.

7 Ballerstedt, S. 32 F. 89; Dirig in MD, Art. 21, RdNr 52.

8 Vgl. im Text weiter unten.

Prinzip dürfte die erwerbswirtschaftliche Staatstätigkeit zu vereinbaren sein, und zwar entgegen Hamann auch dann, wenn sie allein Gewinnchancen um des Gewinnes willen ausnutzt;⁹ denn mittelbar dient auch die rein fiskalische Staatstätigkeit öffentlichen Zwecken.¹⁰ Bei weitem schwieriger ist die Frage, wo die Grenze staatswirtschaftlicher Eigenbetätigung zu ziehen ist. Groß resigniert. Er bezweifelt, ob die Grenze mit rechtswissenschaftlichen Denkformen überhaupt handsam erfaßt und bestimmt werden kann.¹¹ Art. 1 III bindet die drei staatlichen Gewalten an die Grundrechte. Unter vollziehender Gewalt ist auch die fiskalische Staatstätigkeit zu verstehen.¹² Das folgt aus einer Zusammenschau dieser Vorschrift mit Art. 1 I 2. Das Grundgesetz gewährt lückenlosen Grundrechtsschutz gegenüber jeder denkbaren Staatstätigkeit. Die fiskalische Betätigung des Staates schränkt nun die oben genannten Freiheitsrechte nicht unmittelbar ein. Rechtlich wird die Freiheit der Bürger nicht tangiert, dagegen wird sie faktisch eingeengt. Auch diese mittelbaren Eingriffe bedürfen aber einer Rechtfertigung. Daß das Fiskalinteresse mittelbar öffentliches Interesse ist, wurde schon gesagt. Einschränkungen der Freiheitsrechte sind also denkbar. Dabei wird man im Auge behalten müssen, daß der Staat des GG seine Einnahmen vornehmlich durch Steuern decken soll. Daraus und aus der Tatsache insbesondere, daß der Freiheitssatz des Art. 12 I 1 weit, der Vorbehaltssatz in Art. 12 I 2 aber eng gefaßt ist, wird man folgern dürfen, daß die staatswirtschaftliche Eigenbetätigung möglichst gering sein soll im Verhältnis zur privaten Berufstätigkeit. Auf diese Weise wird auch die Gefahr einer sog. kalten Sozialisierung gebannt. Es wäre zu erwägen, ob man die rein oder überwiegend fiskalische Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand nicht quantitativ auf einen bestimmten Prozentsatz des Staatshaushaltes oder des privaten Wirtschaftsvolumens begrenzen sollte.

Die vorstehenden Überlegungen zeigen, wie schwierig es ist, die ergänzende erwerbswirtschaftliche Tätigkeit des Staates um der Grundrechte willen zu begrenzen. Staatliche Finanzmonopole lassen

9 Hamann, Wirtschaftswerbung im Rundfunk und Fernsehen, NJW 1957, S. 1424; vgl. auch Rings, S. 658.

10 Löw, Fiskalgeltung der Grundrechte, DÖV 1957, S. 880; a. A. Dürig in MD, Art. 2 I, RdNr 52.

11 Groß, DVBl 1955, S. 684; vgl. auch Ballerstedt, S. 33.

12 Zeidler, S. 2 26 ff. (siehe vorstehende F. 6); Lewald, NJW 1960, S. 2282.

sich jedenfalls mit Art.12 I nicht vereinbaren, da sie zu nachhaltig in die Berufsfreiheit eingreifen.¹³

3. Die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur übergeht überwiegend die Problematik der Finanzmonopole im Rahmen des Art.12 I. Sie rekurriert auf die Artikel 105 ff. und legitimiert die Finanzmonopole kurzerhand in diesen Vorschriften. Nur gelegentlich wird dabei auch ein Blick auf Art.12 I geworfen. Meist bleibt diese Grundrechtsnorm dagegen völlig unerwähnt. Art.105 I gibt dem Bund die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz über die Finanzmonopole, Art. 106 I spricht ihm ihren Ertrag zu und Art.108 I schreibt vor, daß die Finanzmonopole durch Bundesfinanzbehörden verwaltet werden.

Ein Teil der Rechtsprechung und Lehre ist der Ansicht, die Art.105 ff. seien die materielle Grundlage für die Zulässigkeit vor- wie nachkonstitutioneller Finanzmonopole. So heißt es schon in einem Urteil des Wirtt.-Bad. VGH aus dem Jahre 1950, das GG handle in den Art.105 I, 106 I und 108 I von Monopolen, "deren Zulässigkeit es offensichtlich als selbstverständlich unterstellt".¹⁴ In diesem Sinne haben sich in der Folgezeit Rechtsprechung und Wissenschaft wiederholt für die Zulässigkeit der Finanzmonopole ausgesprochen.¹⁵ Man könnte einwenden, die wörtlich oder sinnmäßig immer wiederkehrende Formel, das GG unterstelle in den Art.105 ff die Zulässigkeit der Finanzmonopole, besage nicht unbedingt, daß den Art.105 ff. selbst eine materielle Bedeutung zukomme. Die Zusammenschau der gerichtlichen und literarischen Stellungnahmen zu den Art.105 ff. macht dies jedoch unbezweifelbar. Denn einmal legitimieren Rechtsprechung und Schrifttum die Finanzmonopole nicht über Art.12 I.¹⁶ Eine Legitimation ist aber vonnöten. Zum anderen

13 Vgl. Barschkies, S.171 ff.

14 Urt. des Wirtt.-Bad. VGH vom 31.8.1950, in: VerwRspr. 3, S.371 ff. (373).

15 Urt. des LVG Minden vom 24.10.1950, in: DÖV 1951, S.52 ff. (54); Uber, S.153 f.; Turegg, S.13; Beschluß des BFH vom 26.1.1954, in: BStBl 1954 III, S.141 ff. (144); E.R. Huber, WVR II, S.225; DÖV 1956, S.136; JZ 1954, Der Streit um das Zündwarenmonopol, S.375; Scheuner, Intervention, S.33 F.90; Claussen, S.68; Hamel, S.64; Bachof, Freiheit, S.201; Scheuer, S.134; Kötting, S.40; Thieme, S.282; Welsch, S.16 f.

16 Eine Ausnahme macht wohl BVerfG 14, S.105 ff. (111, 113): Art.105 ff. regelten zwar nur Zuständigkeiten im Bereich des Finanzwesens. Aus ihnen ergebe sich jedoch, daß das GG Finanzmonopole als eine besondere Form der Erhebung von Abgaben anerkenne. Der Einwand, fiskalische Erwägungen könnten eine Einschränkung der Berufsfreiheit niemals rechtfertigen, sei im Bereich eines Finanzmonopols daher gegenstandslos.

drücken sich einige Verfassungsrechtler juristisch präziser aus und schreiben den Art.105 ff. ganz klar eine materielle Bedeutung zu. So sieht Bachof die Art.105 ff. als "Spezialvorschriften im Verhältnis zu Art.12 I", und Claussen erblickt in ihnen einen "Vorbehalt der Verfassung gegenüber dem Grundrecht der Berufsfreiheit".¹⁷

Ein anderer Teil der Rechtsprechung und Lehre mißt den Art.105 ff. zwar auch eine materielle Bedeutung zu, legitimiert in diesen Vorschriften jedoch nur die vorkonstitutionellen Finanzmonopole, nämlich das Branntwein- und das Zündwarenmonopol.¹⁸ Hamann hat diese Auffassung als erster vertreten. Er meint, die Art.105 ff. bestätigten die bestehenden Finanzmonopole und durchbrächen insoweit die Garantie der Berufsfreiheit des Art.12 Abs. I. Es handele sich um Ausnahmenvorschriften von eng begrenztem Anwendungsbereich, die sich nicht ausdehnen ließen. Es ginge daher nicht an, in diesen Verfassungsartikeln Dokumentationen eines allgemeinen Rechts des Staates zur Errichtung neuer Finanzmonopole zu erblicken. Für sie fordert Hamann verfassungsändernde Gesetze.¹⁹ In ähnlicher Weise beschränkt auch der BFH die materielle Tragweite der Art.105 ff. Er geht davon aus, daß der Verfassungsgeber die bei der Schaffung des GG bestehenden Finanzmonopole in die Rechtsordnung der Bundesrepublik übernehmen wollte und damit auch die damit verbundenen Beschränkungen der Berufsfreiheit billigte.²⁰ Badura trennt scharf zwischen vor- und nachkonstitutionellen Finanzmonopolen. Das GG habe in den Art.105 ff. die früheren Finanzmonopole verfassungsrechtlich anerkannt; insofern seien die einzelnen Bestimmungen nicht nur Kompetenzvorschriften, sondern materiell-rechtliche Festlegungen. Neue Finanzmonopole will Badura an den Grundrechten, also auch an Art.12 I GG messen. Dabei geht er aber davon aus, daß die Art.105 ff. die Finanzmonopole als Steuerungsform prinzipiell billigen. Insoweit gewinnt er diesen Vorschriften also doch wieder eine materielle Bedeutung ab. Unerklärlich ist, wie Badura neue Finanzmonopole über Art.12 I rechtfertigen will. Er gestattet sie nur, wenn überragende Interessen des

17 Bachof, Freiheit, S. 201; Claussen, S. 68.

18 JÜR NF Bd.1, S. 767.

19 Hamann, Kom., Art.105, Anm. B 3; sosschon in 1. Aufl., Art.105, Anm. C 3 und in NJW 1957, S. 1425.

20 BFH, Beschluß vom 14.1.1959, BStBl 1959 III, S. 126; vgl. auch BGHZ 27, S. 382 (390); Dürig in MD, Art. 21, RdNr 52.

Gemeinwohls den Eingriff in die Berufsfreiheit zwingend erfordern. Er legt also den gleichen geschärften Maßstab an, wie es in dieser Arbeit geschieht. M.E. entsprechen die Finanzmonopole diesen Voraussetzungen aber nicht.²¹ Kürzlich hat Maunz die vorkonstitutionellen Finanzmonopole in den Art. 105 ff. legitimiert. Auf nachkonstitutionelle Finanzmonopole wendet er Art. 12 I GG an. Maunz ist der Ansicht, diese Finanzmonopole seien aber nach Art. 12 I nicht zulässig, da sie den Wesensgehalt (Art. 19 II) der Berufsfreiheit verletzen. "Ein derartiges 'Monopol-Monopol' des Staates auf Kosten der Privatwirtschaft, die die gleiche Leistung ebenso gut erbringen kann, wäre ... eine typische 'Auslieferung' an den Staat und wohl ein Musterfall einer Verletzung des Wesensgehaltes des Art. 12 I." ²²

4. Während die weitaus h.M. also den Art. 105 ff. eine materielle Bedeutung zuschreibt, leugnet dies eine Mindermeinung. Stödter, Hamel und Barschkies verfechten die These, die Art. 105 ff. seien reine Kompetenzvorschriften. Eine materielle Bedeutung komme ihnen nicht zu.²³ Diese Auffassung dürfte in der Tat zutreffen. Die Art. 105 ff. stehen am Beginn des Abschnitts "Das Finanzwesen". Dieser Abschnitt regelt die Verteilung der Steuerhoheit auf Bund, Länder und Gemeinden. Der Bund soll u.a. die ausschließliche Gesetzgebungs- und Verwaltungshoheit über die Finanzmonopole haben, deren Ertrag ihm auch zufließen soll. Mit der Festlegung dieser Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und Ertragskompetenzen im Bereich der Finanzmonopole ist noch nicht gesagt, ob und wann die Schaffung und Aufrechterhaltung solcher Monopole verfassungsrechtlich zulässig ist. Es geht nicht an, in dieser Kompetenzregelung eine Vollmacht für den Bund zu erblicken, nach Belieben Finanzmonopole einzuführen und so die Berufsfreiheit auszuschalten. Die h.M. bleibt den Beweis schuldig, inwiefern Vorschriften, die die Aufgabenverteilung im Bundesstaat regeln, gleichzeitig den Freiheitsrechten der Bürger Grenzen ziehen dürfen. Der Ausspruch Scheuners, im Grundgesetz gelte weithin der Satz von der Vertauschbarkeit formeller Kompetenzbestimmungen und inhaltlicher Anordnungen, vermag kaum zu

²¹ Badura, S. 336 f., 339.

²² Maunz in MD, Art. 105, RdNr. 20 ff. (22).

²³ Stödter, Zündwarenmonopol, S. 52 ff.; Hamel, S. 64; Barschkies, S. 61 ff.

überzeugen.²⁴ Die Grundrechtsgarantien werden durchlöchert, wenn man in organisationsrechtliche Vorschriften der Verfassung materielle Aussagen hineinliest. Dies gilt übrigens nicht nur für die Art. 105 ff., sondern schlechthin für alle Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenznormen.²⁵ Zutreffend stellt Hamann fest: "Keine Einschränkung der Grundrechte bedeuten die Vorschriften über die Gesetzgebungskompetenzen des Bundes und der Länder; diese Vorschriften haben durchweg Bedeutung nur für die Frage der Abgrenzung der Gesetzgebungszuständigkeit. Eine materiell-rechtliche Bedeutung i. S. einer Einschränkung von Grundrechten kann ihnen keinesfalls zugebilligt werden."²⁶ Um so mehr verwundert es, daß Hamann diese richtige Einsicht nicht auch für die Art. 105 ff. nutzbar macht und den Bestimmungen eine materielle Bedeutung schlechthin abspricht.²⁷

Die Art. 105 ff. sind also reine Kompetenzvorschriften. Für das staatliche Steuererhebungsrecht wird das auch allgemein anerkannt. Die Steuerpflicht der Bürger wird verfassungsrechtlich in Art. 14 II verankert.²⁸ Was den Steuern recht ist, muß den Finanzmonopolen billig sein. Ihre Legitimation könnte nur aus Art. 12 I begründet werden. Weiter oben wurde schon festgestellt, daß Art. 12 I 2 keine Finanzmonopole gestattet. Ihre Erwähnung in den Art. 105 ff. legt zwar nahe, die Finanzmonopole doch für mit Art. 12 I vereinbar zu erachten. Dem steht indes Art. 19 II entgegen. Der Wesensgehalt der Berufsfreiheit wird angetastet, wenn der Staat aus bloßem Fiskalinteresse bestimmte Berufe monopolisiert. Zutreffend erkennt ein großer Teil der h. L., daß nachkonstitutionelle Finanzmonopole sich nicht mit Art. 12 I, 19 II vereinbaren lassen. Da sich die vorkonstitutionellen Finanzmonopole - soweit man allein auf den Erwerbszweck abstellt - in keiner Weise von denkbaren zukünftigen Finanzmonopolen unterscheiden, ist es nur

24 Scheuerer, Intervention, S. 33 F. 90; S. 23 F. 55.

25 So in bezug auf die Art. 70 ff.: Krüger, Neues zur Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung und deren Schranken, NJW 1955, S. 203 F. 32; Rasch, Kartellverbot und Grundgesetz, WuW 1955, S. 677; Hamann, Rechtsstaat, S. 25; so in bezug auf Art. 87: Maunz in MD, Art. 87, RdNr. 31 (S. 15 F. 1); a. A. wohl Köttgen, S. 70.

26 Hamann, Kom., Anm. 8 vor Art. 1.

27 Hamann ist nicht konsequent: vgl. Kom., Anm. 8 vor Art. 1 einerseits und Anm. B 3 zu Art. 105 wie NJW 1957, Wirtschaftswerbung in Rundfunk und Fernsehen, S. 1425 andererseits.

28 Dürig in MD, Art. 2, RdNr. 21; Hamann, Kom., Art. 14, Anm. B 5 a.

konsequent, sie nicht anders zu behandeln. Auch ihnen steht Art. 12 I 2, 19 II entgegen. Damit ist noch nicht gesagt, daß das GG in den Art. 105 ff. völlig überflüssig von Finanzmonopolen spricht. Es könnte nämlich sein, daß die beiden vorkonstitutionellen Ausschlußrechte, das Branntwein- und das Zündwarenmonopol aus anderen Gründen, die mit dem Finanzzweck nichts zu tun haben, verfassungsmäßig sind. Sollte das nicht zutreffen, dann wären die Art. 105 ff., soweit sie die Finanzmonopole erwähnen, obsolet. Ihnen käme keine Bedeutung zu.²⁹

5. Wenn man die vorwiegend grundrechtssystematischen Bedenken gegen eine materielle Ausdeutung der Art. 105 ff. beiseite schiebt und mit h.L. die Finanzmonopole, sei es die vorkonstitutionellen oder auch die nachkonstitutionellen, in diesen Vorschriften legitimiert, dann taucht die bedeutsame Frage auf, ob die Art. 105 ff. nicht wegen Widerspruch zu Art. 12 I verfassungswidrig sind. Daran hat man in Rechtsprechung und Literatur bisher noch gar nicht gedacht. Das verwundert eigentlich, da die Problematik verfassungswidriger Verfassungsnormen doch schon lange bekannt ist.³⁰ Vielleicht liegt es daran, daß man sich bisher kaum ernstlich um die Verfassungsfragen bei den Finanzmonopolen bemüht hat, nicht anders wie übrigens auch bei den Verwaltungsmonopolen.

Die Art. 105 ff. könnten verfassungswidrig sein, weil sie vielleicht gegen verfassungsrechtlich positiviertes übergesetzliches Recht verstoßen. Art. 12 I käme hier in Frage. Dieses Freiheitsrecht ist nun in der Tat keine Vorschrift, die der Verfassungsgesetzgeber autonom in das GG aufgenommen hätte. Wäre das der Fall, dann entfielen ohnehin die Möglichkeit, daß die Art. 105 ff. wegen Widerspruchs verfassungswidrig wären. Ein Rangverhältnis zwischen Art. 12 I und den Art. 105 ff. ließe sich nicht begründen. Der Verfassungsgeber ist nämlich grundsätzlich frei darin, autonom gesetztes Recht durch Ausnahmen zu durchbrechen. Art. 12 I ist aber keine autonome Verfassungsvorschrift. Vielmehr gehört sie zu den unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten, von denen Art. 1 II spricht und deren Menschenrechts-

29 Barschkies, S. 61 ff (64).

30 Bachof, Verfassungswidrige Verfassungsnormen, Tübingen 1951; BVerfG 3, S. 225 (Leitsatz 2), S. 231 ff.; Scheuner, Der Schutz der Gewissensfreiheit im Recht der Kriegsdienstverweigerer, DÖV 1961, S. 201 ff.

gehalt Art.19 II absichert.³¹ Da die Finanzmonopole den Wesensgehalt des Art.12 I (19 II) antasten, sind sie unstatthaft. Es ist nun nicht einzusehen, inwiefern sich der Verfassungsgesetzgeber über diese äußerste, auch ihm gesetzte Schranke hinwegsetzen darf. Auch ausnahmsweise darf er m.E. eine Verletzung des Wesensgehaltes der Berufsfreiheit nicht billigen. Für ihn gilt das vorverfassungsmäßige Freiheitsrecht ebenso wie für den einfachen Gesetzgeber. Der Verfassungsgesetzgeber ist also nicht autonom, wenn er in die Freiheitsrechte der Menschen eingreift. Er muß selbst den Wesensgehalt der Freiheitsrechte respektieren.

II. Abschließend sollen die beiden zur Zeit bestehenden Finanzmonopole, das Branntwein- und das Zündwarenmonopol auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin überprüft werden. Dabei kann es nicht mehr darum gehen, ob der Fiskalzweck sie zu rechtfertigen vermag, sondern allein darum, ob die Wahrung anderer, nichtfiskalischer Zwecke ihre Einrichtung gestattet.

1. Als der Gesetzgeber das Branntweinmonopol einführte, bezweckte er nicht allein, in Zukunft erhöhte Einnahmen zu erzielen.³² Dieses Ziel erstrebte er zwar in erster Linie. Es bewogen ihn aber auch eine Reihe weiterer Gründe, den Bezug (§ 1 Nr 1, §§ 58 ff. BMG), die Herstellung aus bestimmten Stoffen (§ 1 Nr 2, § 21 Nr 2), die Einfuhr (§ 1 Nr 3, § 3), die Reinigung (§ 1 Nr 4, § 29) und den Handel (§ 1 Nr 5, §§ 83 ff.) mit Branntwein zu monopolisieren. Der Gesetzgeber verfolgte eine Anzahl nichtfiskalischer Zwecke. Im Vordergrund steht der ernährungspolitische Zweck. Der Gesetzgeber wollte die landwirtschaftlichen Brennereien besonders schützen und dadurch dem Interesse der Volksernährung dienen. Bekannt ist das Zitat des ehemaligen preußischen Finanzministers Miquel zum Problem der landwirtschaftlichen Brennereien der ostelbischen Gebiete. Er sagte: "Keine Brennerei - keine Schlempe, keine Schlempe - kein Vieh, kein Vieh - kein Dünger, kein Dünger - keine Kartoffeln und kein Roggen, und was muß die Folge sein? : die Kiefer." ³³

31 Siehe 2. Teil, I. Abschnitt, II. Unterabschnitt, A II 2.

32 Zum Branntweinmonopol siehe 1. Teil, B IV 2 a; neuere Rechtsprechung und Literatur zum Branntweinmonopol: BGHZ 27, S. 382; BFH, BStBl 1959 III, S. 126; BVerfG 14, S. 105; Hoppe-Heinrich; Badura, S. 231 ff.

33 Zitat bei Jehle, S. 28; Schlempe = Rückstände des Brennereibetriebes.

Das Branntweinmonopol schützt die landwirtschaftlichen Brennereien und fördert dadurch die Viehhaltung und dient zugleich der Verbesserung der landwirtschaftlich genutzten Böden.- Wichtig ist sodann der sozialpolitische Zweck des Gesetzes.³⁴ Es wirkt einer Konzentration der Branntweinherstellung in der Hand weniger privater Großerzeuger entgegen. Das BMG fördert die mittleren und kleineren Brennereien, insbesondere die landwirtschaftlichen Brennereien. - Sehr bedeutsam sind die produktions- und distributionslenkenden Zwecke des BMG. Vornehmlich geht es darum, eine Branntweinüberproduktion zu verhindern und so der Volksgesundheit zu dienen. Eine Überproduktion führt zu übermäßigem Branntweinkonsum. Darin liegen erhebliche Gefahren für die Gesundheit des Volkes beschlossen. - Der sozialhygienische Zweck des BMG will verhindern, daß gesundheitsschädlicher Branntwein zum Verbraucher gelangt. Auch hier steht also der Gesichtspunkt der Volksgesundheit im Vordergrund.

Die vorgenannten Zwecke erreicht das BMG durch die fünf Monopolrechte, von denen § 1 spricht. Jehle hat in seiner Dissertation darüber ausführlich berichtet.³⁵ Darauf sei verwiesen. Das BMG dient also dem Schutz der Volksernährung und -gesundheit ebenso wie der Erhaltung des landwirtschaftlichen Mittelstandes. Dabei handelt es sich um sehr wichtige Gemeinwohlinteressen, die m.E. geeignet sind, falls es unbedingt notwendig ist, ein Branntweinmonopol einzuführen. Rechtsprechung und Literatur schweigen sich zu der Frage aus, ob die Verwaltungszwecke des BMG das Monopol erforderlich machen. Nimmt man die ganze Problematik so leicht wie die h.L., rechtfertigt man ohne Umschweife die Finanzmonopole in den Art. 105 ff., ohne eine mehr als nur flüchtige Stellungnahme zu der Zentralvorschrift des Art. 12 I, dann weicht man allerdings dem eigentlichen Problem aus.

Zur Wahrung der verschiedenen Verwaltungszwecke erschien die Einführung eines Branntweinmonopols damals notwendig. Der Anteil der landwirtschaftlichen Brennereien in Deutschland war bei weitem größer

34 Der BFH (BStBl 1959 III, S. 126 ff. (129)) spricht davon, daß das Branntweinmonopol "in erster Linie der wirtschaftlichen Unterstützung landwirtschaftlicher... Betriebe dienen sollte". Diese Akzentverschiebung vom Fiskalzweck auf einen Verwaltungszweck dürfte nicht richtig sein. "In erster Linie" diente das Branntweinmonopol der Einnahmenerzielung, vgl. die amtliche Begründung zum ersten Monopologesetzentwurf von 1918, zit. bei Hoppe-Heinrich, § 85, Anm. 1; richtig Jehle, S. 25, 45.

35 Jehle, S. 25 ff.

als heute nach der Abtrennung der deutschen Ostgebiete. Zum Schutz der Volksernährung und der Existenz einer sehr großen Zahl kleiner und mittlerer landwirtschaftlicher Betriebe war die Einführung des Bezugs-, Handels- und Einfuhrmonopols in Verbindung mit dem Institut des Brennrechts und der Ausgestaltung der Übernahmepreise notwendig. Gleiches gilt im Hinblick auf den prohibitionistischen Zweck. Es dürfte kaum ausreichen, die Branntweinherstellung und -distribution der Privatwirtschaft zu überlassen. Kontrollvorschriften, insbesondere Herstellungskontingente, würden kaum ausreichen, um mit ihnen einem übermäßigem Alkoholverbrauch zu steuern. Es wäre zu befürchten, daß die Privatbetriebe doch erheblich mehr Branntwein verkauften, als vom Gemeinwohlzweck her zulässig wäre. Das staatliche Zwischenhandelsmonopol erscheint als das adäquate Mittel zur Wahrung der Volksgesundheit. Das Reinigungsmonopol dient dem sozialhygienischen Zweck, von dem schon die Rede war. Auch hier ist der Schutz des Verbrauchers am wirksamsten zu erreichen, wenn der Staat die Reinigung des Branntweins selbst übernimmt.

Der Rückgriff auf die entstehungszeitlichen Faktoren des BMG macht deutlich, daß das Branntweinmonopol vom Blickpunkt des GG aus damals mit Recht eingeführt werden durfte. Es fragt sich jedoch, ob das Monopol auch heute noch den geschärften Voraussetzungen entspricht, die seine Einführung nach dem ersten Weltkrieg gestatteten. Das trifft für den absatzlenkenden und den sozialhygienischen Gesetzeszweck in der Tat zu. Anders ist es hingegen im Hinblick auf den ernährungspolitischen und den sozialpolitischen Zweck. Seit dem Wegfall der Brennereien jenseits der Oder-Neiße Linie und überhaupt seit der Teilung Deutschlands vermag das BMG diese beiden Zwecke im Geltungsbereich des GG nicht mehr sinnvoll zu erfüllen. Insoweit ist das Branntweinmonopol nicht mehr unbedingt notwendig. Die Kartoffelbrennerei spielt in der Kornkammer Deutschlands, in Mittel- und Ostdeutschland ernährungs- und sozialpolitisch eine erhebliche Rolle, nicht aber in der Bundesrepublik. Zum Schutz der Volksgesundheit ist das Branntweinmonopol (Bezugs-, Handels-, Einfuhr- und Reinigungsmonopol) jedoch auch heute noch zwingend erforderlich, da schwächere Eingriffe in die Berufsfreiheit dem Gemeinwohl kaum genügend Rechnung tragen würden. Das Branntweinmonopol ist daher mit Art. 12 I zu vereinbaren.

2. Beim Zündwarenmonopol ist literarisch umstritten, ob das Zündwarenmonopolgesetz vom 29.1.1930 (RGBl I, S.11) nicht durch besatzungsrechtliche Vorschriften außer Kraft gesetzt worden ist.³⁶ Die h.M.verneint die Frage. Hier ist nicht der Ort, den Meinungsstreit erneut aufzurollen. Die Arbeit geht vielmehr von der Hypothese aus, daß das Zündwarenmonopolgesetz zur Zeit des Inkrafttretens des Grundgesetzes noch rechtsgültig fortbestand und prüft allein die verfassungsrechtliche Zulässigkeit nach Art.12 I GG.

Ganz ähnlich wie beim Branntweinmonopol verfolgte der Gesetzgeber mit der Einführung des Zündwaren-Zwischenhandelsmonopols im Jahre 1930 produktions- und absatzlenkende Absichten. Obgleich dem Finanzzweck bei heutiger Beurteilung des Zündwarenmonopols vorrangige Bedeutung zugemessen wird, darf nicht übersehen werden, daß zur Zeit der Einführung des Monopols die genannten Verwaltungszwecke sehr im Vordergrund standen. Ein geschichtlicher Rückblick soll das verdeutlichen.³⁷

Um die deutsche Zündholzindustrie war es in den Jahren zwischen 1918 und 1930 schlecht bestellt. Die Marktverhältnisse waren verzerrt. Angebot und Nachfrage nach Zündwaren stimmten nicht mehr überein. Es bestand eine erhebliche Überkapazität, die zu Überproduktion, zu hemmungslosem Wettbewerb und folglich zu rentabilitätszerstörenden Unterbietungen führte. Diese Lage war nicht völlig neu. Schon vor dem ersten Weltkrieg krankte die deutsche Zündholzindustrie an Absatzschwierigkeiten. Den Gesetzgeber traf damals dafür weitgehend die Verantwortung. Er besteuerte die Zündwaren, verschonte dagegen die Surrogate und begünstigte obendrein die Einfuhr von Zündhölzern. Nach dem Krieg verschärfte sich jedoch die Krisenlage durch das Vordringen des unter Leitung von Ivar Kreuger stehenden schwedischen Zündholztrustes, der Svenska Tändsticks Atiebolaget. Ein harter Konkurrenzkampf entbrannte, in dem sich die deutsche Zündwarenindustrie gegenüber der einheitlich geleiteten finanzstarken Schwedengruppe nicht behaupten

36 Für Außerkrafttreten: Stödter, Zündwarenmonopol, S.17 ff.; dagegen: E.R.Huber, WVR II, S.795 ff.; weitere Quellen bei Claussen, S.62 ff.

37 Der folgende Überblick stützt sich auf die ausführlichen Spezialuntersuchungen von Stödter, Zündwarenmonopol, und Claussen.

konnte. Kreuger gelang es, bis zum Jahre 1925 über 60 % der deutschen Zündwarenindustrie unter seinen Einfluß zu bringen. Als die schwedische Gruppe durch ihre finanzielle und technische Überlegenheit die deutschen Werke zu erdrücken drohte, erschien ein Syndikat der Zündholzindustrie, das die deutsche wie die schwedische Gruppe umfaßte, als der einzige Ausweg. So wurde ein Syndikatsvertrag geschlossen und die Deutsche - Zündholzverkaufs - AG gegründet. Der Staat unterstützte diese Maßnahmen, indem er am 8.5.1927 das Reichsgesetz über die Erlaubnispflicht für die Herstellung von Zündhölzern (RGBl I, S. 123), das sog. Sperrgesetz, erließ. Danach durften Produktionsgenehmigungen für Zündwaren nur erteilt werden, falls ein Bedürfnis vorlag. Die von dem geschaffenen Vertrags- und Gesetzeswerk erhoffte Beruhigung der Zündholzindustrie trat nicht ein. Das hatte mehrere Gründe. Da nicht alle Zündholzproduzenten Mitglieder des Syndikats waren, hielten die Preiskämpfe an. Sie verschärften sich noch erheblich, als die russische Zündholzindustrie mit Dumpingmethoden in den deutschen Markt eine Bresche schlug. Schließlich wurde das Sperrgesetz allzu weitherzig ausgelegt, so daß auch die inländische Außenseiterkonkurrenz nicht eingedämmt, sondern begünstigt wurde. Die Krise in der Zündholzindustrie wurde nach alledem also nicht gebannt. Es bestand weiterhin nicht nur die Gefahr des Zusammenbruchs einzelner Unternehmungen, sondern die der Vernichtung der ganzen deutschen Zündholzindustrie. Die wirtschaftliche Existenz der deutschen Zündholzproduzenten und der von ihnen beschäftigten Arbeitnehmer war ernstlich bedroht. Da entschloß sich der Gesetzgeber einzugreifen. Die Notlage der Zündholzindustrie erschien ihm allein durch die Monopolisierung abwendbar. Kreuger war daran gelegen, im Falle einer Monopolisierung auf das zu errichtende Monopol einen maßgeblichen Einfluß zu gewinnen. Als Gegenleistung bot er dem Deutschen Reich eine 125 Mill. US - Dollar Anleihe zu günstigen Bedingungen an. Dafür bestand angesichts der Weltwirtschaftskrise ein erhebliches Bedürfnis. Dieses Angebot brachte die Monopolisierungsbestrebungen ins Rollen. Hinzukam die Erwägung, dem Reich durch die Monopolisierung zukünftig eine ständige Einnahmequelle zu erschließen. Im Jahre 1930 wurde dann das ZMG erlassen.

Das Zündwarenmonopol ist mit Art. 12 I zu vereinbaren, wenn der Schutz eines besonders wichtigen vorrangigen Gemeinschaftsgutes es

zwingend erfordert. Der vorstehende Überblick über die Wirtschaftslage der deutschen Zündholzindustrie in dem Jahrzehnt vor Erlass des ZMG zeigt, daß die Sorge um die wirtschaftliche Existenz eines Industriezweiges der wesentliche Grund für die Monopolisierung war. Der Staat hat nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht, seinen Bürgern zu helfen, wenn sie in Not sind. Mit dem Sozialstaatsprinzip verträgt sich der Zweck des ZMG, die Verhältnisse in der deutschen Zündholzindustrie zu stabilisieren. Diesen Zweck darf der Gesetzgeber notfalls auch mit grundrechtseinschränkenden Mitteln verfolgen. Es ist erwiesen, daß der Gesetzgeber zu der Monopolisierung des Handels und der Ein- und Ausfuhr von Zündwaren erst schritt, als offenkundig war, daß alle anderen Mittel bestimmt versagten. Der syndikatsweise Zusammenschluß und die Einführung der Bedürfnisprüfung in der Mitte der zwanziger Jahre hatten ihr Ziel, die Wirtschaftskrise zu beenden, nicht erreicht. Darum erschien die Monopolisierung als äußerstes Mittel notwendig.³⁸ Dürfte das Zündwarenmonopol, aus der Perspektive der heutigen Verfassungslage betrachtet, damals mit Recht eingeführt werden, so ist damit noch keineswegs gesagt, daß es auch heute noch den Erfordernissen der Verfassung entspricht. Die strikten Zulässigkeitsvoraussetzungen gelten nicht nur zur Zeit der Begründung eines staatlichen Monopols, sondern auch in der Folgezeit. Entfallen sie, dann kann die Monopolisierung nicht mehr aufrechterhalten werden. Seit dem Erlass des ZMG trat auf dem Markt eine Konsolidierung der Verhältnisse ein. Die Wettbewerbsverzerrungen hörten auf. Angebot und Nachfrage wurden ausgeglichen. Die Zündholzproduzenten konnten bei gleichmäßigem Absatz mit auskömmlichen Gewinn ihre Produktion rationalisieren. Betriebsstillegungen fanden keine mehr statt, auch

38 Spitaler in Geleitwort bei Claussen, S. 3: "Die in der Zeit der Weltwirtschaftskrise (1930) herrschende Notlage glaubte der Gesetzgeber nur durch die Monopolisierung dieser Industriegruppe abwenden zu können." - Stödter, Zündwarenmonopol, S. 8: "So schien der Reichsregierung der Schritt zur Schaffung eines Zündwarenmonopols eine unabwendbare Notwendigkeit zu sein." - Begründung des BMG durch den Reichfinanzminister vor dem 5. Ausschuß des Reichstages, Drucksache des Deutschen Reichstages IV, Protokoll der 110. Sitzung des Haushaltsausschusses, S. 1 (zit. nach Claussen, S. 17): "Die Reichsregierung hat stets hervorgehoben, daß die Notlage der deutschen Zündholzindustrie der Anlaß ihrer Monopolisierung ist."

wurden Arbeiter und Angestellte nicht mehr in größerem Umfang entlassen. Die Krisenlage wurde also beseitigt. Das Zündwarenmonopol ist verfassungsmäßig, wenn es auch heute noch unbedingt erforderlich ist, um eine neue Krisenlage in diesem Industriezweig zu verhindern. Ob sich im Falle der Aufhebung des staatlichen Zwischenhandelsmonopols die bedrohliche Lage aus der Zeit vor 1930 mit großer Wahrscheinlichkeit wiederholen wird, kann hier nicht endgültig entschieden werden. Die Prognose setzt eine sorgfältige wirtschaftswissenschaftliche Untersuchung der Marktverhältnisse voraus. Es ist nicht unwahrscheinlich, daß bei einer Rückführung der Zündwarenindustrie in die freie Wettbewerbswirtschaft keine neuen Verfallserscheinungen zutage treten. Dafür spricht die jetzt schon 34 Jahre währende Konsolidierungspause, in der die Überkapazität infolge des ZMG (Herstellungskontingente) und des inzwischen weit gestiegenen Bedarfs an Zündhölzern (Tabakkonsum) abgebaut bzw. der Nachfrage angepaßt worden ist. In der Literatur weist Claussen darauf hin, daß wegen des Anleihevertrages zwischen dem Deutschen Reich und dem schwedischen Zündholztrust, der Svenska Tändsticks Attiebolaget, für eine Abänderung der bestehenden Rechtsverhältnisse in der Zündwarenwirtschaft erst Zeit sei, wenn die Anleihe an den Schwedenkonzern zurückgezahlt ist und damit dessen Teilnahme am Monopolgewinn ein Ende findet.³⁹ Da die endgültige Tilgung der Anleihe erst im Jahre 1994 stattfindet, müßte also bis dahin der gegenwärtige Zustand beibehalten werden.⁴⁰ Hierzu ist folgendes zu sagen: Rein fiskalische Interessen rechtfertigen keine staatliche Monopolisierung. Daher darf die Koppelung des Zündwarenmonopolgesetzes mit dem Anleihevertrag nicht gegenüber der Berufsfreiheit ausgespielt werden. Sollte das Zündwarenmonopol heute nicht mehr mit Art. 12 I zu vereinbaren sein, weil keine neue Krisensituation zu befürchten wäre, so müßte sich der Staat mit dem Schwedenkonzern ins Benehmen setzen und versuchen, die Anleihebedingungen zu ändern.

39 Claussen, S. 68.

40 Anleihevertrag vom 26.10.1929 (Drucksache des Deutschen Reichstages IV, Nr. 1572, Anlage 4, S. 31 f.). Ursprünglich hatte der Vertrag eine Laufzeit von 50 Jahren. Gemäß dem Londoner Schuldenabkommen (Ges. v. 24.8.1953 betr. das Abkommen vom 27.2.1953 über deutsche Auslandschulden (BGBl II, S. 331)) wurde die Fälligkeit bis zum Jahre 1994 hinausgeschoben.

B. Staatliche Finanzmonopole
und Art.14,15,2 I

Reine Finanzmonopole verletzen nicht nur den Wesensgehalt des Art.12 I. Auch mit den Art.14,15 und 2 I sind sie unvereinbar.(Art.19 II).

Wenn bei der Begründung eines neuen Finanzmonopols eine Enteignung nach Art.14 III vorliegt,ist sie nur zum Wohl der Allgemeinheit zulässig.Diesem Erfordernis entspricht die Monopolisierung aus rein fiskalischen Erwägungen nicht.Das Fiskalinteresse ist zwar ein Gemeinschaftsinteresse,jedoch rechtfertigt es keinen Substanzeingriff in das Eigentum,ist insoweit also kein vorrangiges Gemeinschaftsgut.⁴¹

Zutreffend erkennt die h.L.,daß Art.15 keine Sozialisierung aus rein fiskalischen Gründen gestattet.⁴² Falls also nach dieser Vorschrift Staatsvorbehalte an Bodenschätzen begründet werden,rechtfertigen rein fiskalische Erwägungen ihre Einrichtung nicht.Badura läßt Finanzmonopole,nicht aber "erwerbswirtschaftliche Staatsmonopole" nach Art.15 zu.⁴³ Den Begriff "Finanzmonopol" versteht er i.S. des in dieser Arbeit gebrauchten Ausdrucks "Steuermonopol".⁴⁴ N.E.darf auch aus steuerlichen Erwägungen nicht nach Art.15 sozialisiert werden. Die Gemeinwohlklausel des Art.14 III 1 ist im Bereich des Art.15 entsprechend anzuwenden.

Auch die Wettbewerbsfreiheit und Vertragsfreiheit dürfen nicht im Wege der Begründung von Finanzmonopolen ausgeschaltet werden.Sie entsprechen nicht der verfassungsmäßigen Ordnung.

II. Abschnitt

Die Zulässigkeitsvoraussetzungen im Bereich
der Zuständigkeitsordnung

Im ersten Abschnitt dieser Arbeit wurden die Voraussetzungen staatlicher Monopole im Bereich der Grundrechtsordnung geprüft.Unbeantwortet

41 P.Schneider,Verfassungswidrigkeit,S.100; Barschkies,S.171.

42 Abraham in BK,Art.15,Anm.II 5;Ipsen,S.122 (Leitsatz 15);Klein, v.K,Art.15,Anm.IV 2; Krüger,S.286 f.; Hamann,Kom.,Art.15,Anm.B 2; a.A. E.R.Huber,WVR II,S.157.

43 Badura,S.336.

44 Vgl. 1.Teil B II 1.

blieb dabei die im Bundesstaat immer bedeutsame Frage, ob der Bund oder ob die Länder im Einzelfall zu einer Monopolisierung berechtigt sind. Die Antwort gibt das GG in den Art. 70 ff. Gemäß den Art. 71, 73 hat der Bund auf einer Reihe von Sachgebieten die ausschließliche Gesetzgebungsbefugnis. Daraus erhellt, daß dem Bund und nicht den Ländern Ausschließlichkeitsrechte, z.B. im Bereich des Geld- und Minzwesens, des Eisenbahnwesens und der Post zustehen. Nach den Art. 72, 74 haben die Länder die konkurrierende Gesetzgebungsbefugnis. So erklärt sich z.B., daß die Bergmonopole (Art. 74 Ziff. 11) landesrechtlich begründet sind. Für das vorkonstitutionelle Recht enthalten die Art. 124, 125 formelle Überleitungsvorschriften. So wurde z.B. das Branntweinmonopolgesetz, da es Gegenstände der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz des Bundes betrifft, Bundesrecht (Art. 124).

Bei einer Monopolisierung sind nicht nur die Kompetenznormen im Bereich der Gesetzgebung zu beachten, sondern auch die sog. Verwaltungskompetenzvorschriften. Das GG handelt davon in den Art. 83 ff. Es geht hier um die Frage, ob der Bund oder ob die Länder die dem Bund ausschließlich vorbehaltenen Tätigkeiten ausüben. So wird das Postmonopol z.B. durch die in bundeseigener Verwaltung geführte Bundespost ausgeübt (Art. 87 I 1). Die Landesmonopole werden nach Art. 30 von den Ländern verwaltet.

Während für Bund und Länder die Gesetzgebungs- und Verwaltungsbefugnisse ausführlich geregelt sind, fehlt es an einem Kompetenzkatalog für die Gemeinden. Art. 28 II 1 ist indes zu entnehmen, daß den Gemeinden das Recht zusteht, "alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln." Dieser institutionellen Garantie, die das naturrechtliche Subsidiaritätsprinzip insoweit in die Verfassung einbezieht, ist durch Auslegung im Einzelfall zu entnehmen, wann die Gemeinde zu einer Monopolisierung berufen ist. Die damit zusammenhängenden Fragen können hier nicht mehr erörtert werden. Sie sprengen den Rahmen dieser Arbeit, die sich nur mit den staatlichen Monopolen befaßt.

Weitere Ausführungen zur Zuständigkeitsordnung erübrigen sich, da sie nichts wesentlich Neues enthalten würden. Die eigentlichen Monopolprobleme liegen nicht hier, sondern im Bereich der Grundrechtsordnung.

Lebenslauf

Ich wurde am 25.3.1939 in Aachen geboren als Sohn des Oberstudienrats Klaus Biermann und seiner Ehefrau Käte, geb. Willach.

Von Herbst 1945 bis Ostern 1949 besuchte ich die Volksschule in Ruppichteroth, Siegkreis, danach von Ostern 1949 bis Ostern 1958 die neusprachlichen Gymnasien zu Waldröhl und Boppard am Rhein.

Im Sommer 1955 erhielt ich von dem American Field Service ein Stipendium für einen einjährigen Aufenthalt in den Vereinigten Staaten. Vom 1.8.1955 bis 1.8.1956 war ich Schüler der 12. Klasse der Germantown Friends School zu Philadelphia, Pa., die mich mit dem Hochschulzeugnis (Diploma) entließ.

Am 3.3.1958 bestand ich am Neusprachlichen Gymnasium zu Boppard die Reifeprüfung. Danach studierte ich zwei Semester (S.S. 1958, W.S. 1958/59) Rechtswissenschaft an der Johannes Gutenberg - Universität in Mainz, zwei weitere Semester (S.S. 1959, W.S. 1959/60) an der Friedrich - Wilhelms - Universität in Bonn und kehrte zur Fortsetzung meiner Studien im 5. Semester (S.S. 1960) nach Mainz zurück.

Am 13. März 1963 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt in Rheinland - Pfalz. In der Folgezeit fertigte ich die vorliegende Dissertation an.

Meinen Dienst als Gerichtsreferendar im Bezirk des Oberlandesgerichts Koblenz begann ich am 1. Juli 1964.

Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 25.2.1965.

